



CONCEPTO DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Una aproximación sistemática y un enfoque propositivo

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Lección presentada al Concurso para la provisión de una Plaza de Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM, Julio 2017

RESUMEN

¿Quién es trabajador en el Derecho de la Unión Europea?.

Esta cuestión, la del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo es, fue y seguirá siendo fundamental. En el seno de la UE, entre otros, los términos del debate son si hay un concepto uniforme, autónomo y comprehensivo de "trabajador" en ese ámbito supranacional.

El estudio comienza con una aproximación, atendiendo al discurso, la semántica y el rol del TJUE en el Derecho del Trabajo de la UE.

Después, se analiza la configuración normativa europea del concepto de trabajador; caracterizada por la subsidiariedad vertical, la fragmentación y la segmentación, distinguiendo dos grandes áreas, la política social de la UE y la relativa a las libertades de circulación.

Por último, se analiza la aplicación horizontal del concepto de trabajador en el UE y la construcción del TJUE desde la libre circulación y el principio de igualdad.

ABSTRACT

Who is "worker" in the EU Labour Law?

The delimitation of the subjective scope of Labor Law is, was and will continue to be fundamental. Within the EU, is there a uniform, autonomous and comprehensive concept of "worker"?

This research begins with an approach, taking into account the discourse and political discussion, the reports, the semantics and the role of the CJEU in the EU Labor Law.

Secondly, the EU regulatory framework is analyzed; characterized by "vertical subsidiarity", fragmentation and segmentation, distinguishing two broad areas, the EU Social Policy and the one related to freedom of movement.

Finally, the “horizontal application” of the concept of worker in the EU and the construction of the CJEU from the free movement and the principle of equality is analyzed.

PALABRAS CLAVE

Trabajador; Derecho de la Unión Europea; Libertad de Circulación; Política Social; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; principio de igualdad.

Key Words

Employee; Worker; EU Law; EU Labour Law; Freedom of movement; Social Policy; CJEU; principle of equality.

SUMARIO:

- I. OBJETO Y ENFOQUE DEL ESTUDIO
- II. APROXIMACIÓN
 1. El Discurso.
 2. La semántica.
 3. El contexto: el rol o labor del TJUE en el Derecho del Trabajo de la UE.
- III. CONCEPTO LEGAL DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UE. SUBSIDIARIEDAD “VERTICAL”:
 - 1 . La Política Social
 2. El Mercado Único y Libertades económicas.
- IV. APLICACIÓN HORIZONTAL DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR EN LA UE. LA CONSTRUCCIÓN DEL TJUE DESDE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.
 - 1 . La aproximación
 2. Política Social y concepto transversal de trabajador:
 - 2.1. El punto de partida
 - 2.2. Interpretación finalista como límite a la definición nacional. Primera aproximación

2.3.Elementos del concepto jurisprudencial de trabajador en la UE

2.4.Los criterios o rasgos del concepto: dependencia, actividad económica y remuneración:

a) La dependencia y su graduación

b) El objeto de la prestación laboral: “actividad económica”

2.5.Los trabajos atípicos

2.6. Reflexión de cierre: ¿El principio de igualdad/no discriminación como fundamento transversal del concepto europeo de trabajador?.

V. CONCLUSIONES

I. OBJETO Y ENFOQUE DEL ESTUDIO

Podríamos comenzar planteando directamente el problema: ¿quién es el centro de imputación subjetiva de las normas del Derecho de la UE relativas a las condiciones de empleo y relaciones de trabajo que, establecidas en ese nivel supranacional, trascienden a los sistemas jurídicos nacionales de los Estados Miembros y limitan su libertad en la definición del concepto de trabajador?. En definitiva, y de forma directa, ¿quién es trabajador en el Derecho de la UE?¹.

Esta cuestión, la del ámbito subjetivo de aplicación o de cobertura del Derecho del Trabajo, fue, es y seguirá siendo fundamental. Está permanente abierta o replanteada en todos los sistemas jurídicos, en especial, en el de todos los países que conforman hoy la UE y en su respuesta se aprecia rasgos convergentes si se afronta un estudio comparado de aquéllos.

¹ Sin duda a esta cuestión se unen otras, por ejemplo, ¿Qué exclusiones o excepciones del ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo están justificadas?, ¿Qué puede hacerse para prevenir acuerdos u otras vías de evasión de los empresarios en relación a sus responsabilidades u obligaciones laborales?---
---Todos son aspectos del mismo problema, el de la cobertura del Derecho del Trabajo, y pueden ser estudiados separadamente o por el contrario de forma conjunta como aspectos del todo; esta visión, por ejemplo, en DAVIDOV, G.: “Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity”, *Oxford Journal Of Legal Studies*, Vol.34, No.3, 2014, pág. 543 y ss.

Trasciende las fronteras nacionales y se instala ya hace tiempo en el ámbito supranacional, tanto en la OIT² como en el seno de la UE.

En éste, nivel supranacional europeo, único al que este estudio hace referencia, los términos del debate son fundamentalmente los siguientes: si hay en la actualidad (y si no lo hubiera, si es posible adoptarlo) un concepto uniforme y comprehensivo de “trabajador” en el Derecho de la UE. Si el concepto debiera ser extensivo o, por el contrario, limitado al trabajador asalariado propiamente dicho (*employee* en terminología inglesa). Si es posible armonizar (y con la duda de si ha de ser total o solo parcialmente) conceptos entre los diferentes sistemas jurídicos nacionales (especialmente si hacemos la clásica distinción entre los que responden a la tradición de *common law* y los que se identifican como de *civil law*). Si debe dejarse un margen de actuación (y en este caso, amplio o restrictivo) a los Estados Miembros en la configuración y delimitación de las que podemos identificar, en la expresión clásica, fronteras del Derecho del Trabajo y fronteras del contrato de trabajo. Si cabe entender como un todo, sin fisuras, todas las áreas que se engloban en el que podemos entender

². Es imprescindible la cita de la Recomendación de la OIT núm.198, 2006, *sobre La relación de trabajo* (aprobada en la 95ª Sesión de la Conferencia Internacional). Véase al respecto, sobre la incidencia de esa Recomendación en la normativa laboral de los Estados de la UE, ILO: *REgulating The Employment Relationship in Europe: A guide to Recommendation n.198*, Geneva, 2013.

Esta Recomendación (parágrafos 11 y 13, respectivamente) establece dos criterios para determinar la existencia de una relación de trabajo.

Por un lado (parágrafo 11), recomienda a los Estados Miembros la posibilidad de: a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo; b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

Y por otro, establece algunos de los criterios o indicios para determinar si existe una relación de trabajo, entre ellos: 1) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y 2) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

Sobre esta Recomendación véase BOSSE, C.: “ILO Recommendation 198, the Employment Relationship Recommendation”, in PENNINGS, F. and BOSSE, C. (Edit): *The Protection of Working Relationships*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011; KENNER, J.: *New Fronteries in EU Labour Law: From Flexicurity to Flex-Security*, en DOUGAN, M y CURRIE, S (Eds): *50 Years of The European Treaties. Looking Back and Thinking Forward*, Hart Publishing, 2009.

como Derecho Social de la UE (política social, libre circulación y prestación de trabajo, Igualdad de trabajo y no discriminación en el empleo y la ocupación, derecho de solución de conflictos en el ámbito del trabajo, derecho de protección social.....) en un contexto socioeconómico que, en los últimos años y de forma acrecentada en la actualidad, plantea el futuro de la UE, y más específicamente, el de su dimensión social en un mercado de trabajo y empleo “comunitarizados”.

De nuevo, aparecen diferentes opciones que pueden reducir la efectividad del que cabe entender como Modelo Social de la EU y la consiguiente reafirmación del significado del Derecho del Trabajo (Europeo) como uno de sus rasgos o elementos fundamentales, en confrontación con la finalidad económica exclusiva del mercado común³, superando así el limitado enfoque de la Política Social de la UE como una “historia de pragmatismo, adaptabilidad y supervivencia”.

Hay tensiones políticas y socioeconómicas en el seno de la UE que se instalan, de una forma u otra, en sus instituciones. Por un lado, en las que, conforme al Tratado de la UE tienen funciones decisorias, y en particular, normativas –con fundamento en el principio de atribución de competencias y su ejercicio efectivo en base a los de subsidiariedad y proporcionalidad- y, por otro, a la que compete interpretar y aplicar uniformemente el Derecho de la UE, sus principios y fundamentos. En este sentido, y atendiendo al objeto más concreto de este estudio, el Derecho del Trabajo de la UE no se puede comprender al margen de la actividad jurisdiccional del TJUE y el efecto “jurisprudencial” de sus sentencias⁴, teniendo en cuenta que éste no es su intérprete exclusivo (aunque sí supremo) porque comparte tal labor con los órganos jurisdiccionales nacionales.

³ BARNARD, C.: “EU Employment Law and the European Social Model: The Past, the Present and the Future”, *Current Legal Problems (CLP)*, Oxford University Press, Vol.67 (2014), pág. 201. Sobre la propuesta, que ella misma califica como menos ambiciosa que otras, pero más efectiva en el contexto social, económico y político actual, véase pág.231 y ss, con planteamiento al respecto de una cuestión básica a nuestros efectos, pág.233, ¿En lugar de adoptar algún tipo de directiva de armonización, podría la UE experimentar con, por ejemplo, un norma modelo que ofreciera varias posibilidades a los Estados?.

⁴ Utilizamos la expresión en el sentido de “uniformidad de interpretación del Derecho Comunitario en otros casos iguales” y la completamos con la de “generalidad” en el sentido de que la jurisprudencia general se “refiere a la estructura y elementos principales de una determinada institución y a la finalidad y alcance de sus principios y reglas básicas”; MARTÍN VALVERDE, A.: “La Jurisprudencia Social del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: evolución y tendencias recientes”, *REDT*, núm.135 ,2007, págs..524, 527 y ss. Y ambos sentidos son los que este estudio persigue en el análisis del concepto jurisprudencial de trabajador en el ámbito del Derecho de la UE.

En efecto, en un sistema jurídico, el de la UE, pesado y lento en su dimensión legal o de respuesta legal compleja a la realidad socioeconómica, sujeta permanentemente a profundas transformaciones que se proyectan sobre la realidad normada en esa dimensión del Derecho de la UE, juega un papel fundamental el TJUE como su máximo intérprete en su labor de desarrollo o complemento de las normas para adecuar las previsiones legales a la realidad concreta de la vida social y económica que ha ido transformándose en un mundo globalizado. En este contexto no podemos dejar de mencionar la ampliación progresiva de la UE (con creciente tensión, de nuevo, entre países, si antes de Norte y Sur de Europa, hoy también de Oeste a Este⁵) y el aumento de la migración comunitaria de las personas que realizan una actividad económica sea formalmente o no como trabajadores por cuenta ajena desplazándose de su país de origen a otro diferente al de su nacionalidad. Y, por supuesto, las diferencias sociales, económicas, culturales entre los Estados Miembros que pueden no coincidir plenamente en la configuración “nacional” del concepto de trabajador y, por tanto, en la delimitación de las fronteras entre la laboralidad y no laboralidad de la prestación o relación de servicios personal de un sujeto para otro del que recibe una prestación económica. Sin olvidar al respecto que la que se atisba como oposición de los Estados a un concepto europeo de trabajador provenga tal vez de que tal noción necesariamente debería ser interpretada e integrada por el TJUE con consecuencias que muchas veces no son fáciles de predecir, cuando no temidas por muchos⁶.

La interpretación y aplicación del Derecho del Trabajo de la UE por parte del TJUE tiene una dificultad añadida, más allá de la diversidad de ordenamientos jurídicos nacionales que limita ciertamente, como veremos, la armonización y creación de un “Derecho común europeo” en relación con el ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo para garantizar la primacía del Derecho de la UE. En efecto, el TJUE debe orientarse a la consecución de un equilibrio adecuado entre el mercado común europeo

⁵ Baste en estos momentos destacar la falta de consenso (incluso desacuerdo) entre los países, que ha trascendido al Documento de la Comisión Europea, 1 de marzo de 2017, *Libro Blanco sobre el Futuro de Europa: Reflexiones y escenarios para la Europa de los 27 en 2025*, en el que se presentan hasta 5 escenarios posibles. En todos ellos, por supuesto, está implicada la que se dice “dimensión social” de Europa y se propone una agenda en la que se incluirá un Documento de reflexión de la Comisión sobre ese aspecto (finales de abril 2017).

⁶ WAAS, B.: “The Legal Definition of the Employment Relationship”, *ELLJ*, Vol.1, 2010, No.1, pág. 50.

y sus cuatro libertades fundamentales (a nuestros efectos, tres de ellas, libre circulación de “trabajadores”, libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios) por un lado y por otro, entre aquéllas y la política social propiamente dicha⁷. En el fondo, desde una perspectiva analítica esa construcción jurisprudencial evidencia la cuestión fundamental, la relativa a la finalidad y la función del Derecho del Trabajo⁸. Por un lado la finalidad de protección o tutela del trabajador (y garantía de sus derechos) como sujeto más débil de la relación de prestación de servicios; finalidad que, desde la perspectiva supranacional europea, exige profundizar en la consecución del Modelo Social de la UE. Por otro, la función de equilibrio entre la libertad de empresa y sus limitaciones, extendiéndose en el ámbito de la UE a la defensa condicionada de la competencia empresarial.

El carácter ambivalente del acervo “social” de la UE se proyecta también en la actividad jurisdiccional del TJUE, advirtiéndose de la falta de consenso de la doctrina española y foránea sobre la actuación equilibradora del Tribunal. De modo que, cuando su orientación ha sido más pronunciada en la faceta “protectora” y tuitiva ampliando, por ejemplo, el concepto de trabajador a efectos de aplicación de las normas de la UE, se ha reaccionado afirmando que el TJUE invade la competencia de la legislación nacional de cada uno de los Estados Miembros en la configuración de las fronteras de “su” Derecho del Trabajo de acuerdo con el principio de atribución de competencias en materia social. Cuando, por el contrario, el TJUE se apega más a la libertad de empresa y a la defensa de la competencia empresarial (el que se ha denominado “filtro económico”⁹), se le achaca que queda al margen del nuevo concepto de libertades

⁷ Véase, SYRPIS, P. y NOVITZ, T.: “The EU Internal Market and Domestic Labour Law”, en BOGG, A., COSTELO, C. y DAVIES, ACL (Edts) : *The Autonomy of Labour Law*, Bloomsbury, Oxford, 2015, pág. 2017, afirmando que la relación entre el mercado interior de la UE y el derecho del Trabajo ilustra de la dinámica relación entre el legislador y el papel del TJUE.

⁸ Se debe afirmar al respecto que, pese a los replanteamientos por parte de la doctrina española y extranjera, hay coincidencia en afirmar que la finalidad del Derecho del Trabajo no ha fenecido aunque cupiera hacer alguna mínima precisión en la progresión económica y social. Vid. GARCÍA MURCIA, J.: “El Derecho del trabajo ante el desafío del trabajo autónomo”, en CAMPS, RAMÍREZ, SALA (Coords.): *Crisis, Reforma y Futuro del Derecho del Trabajo*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág.452; en el mismo volumen PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Sobre las ‘fronteras móviles’ del Derecho del Trabajo: los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, pág.471, que afirma contundentemente que “no cabe duda de que el papel o función social que ha otorgado en su momento carta de naturaleza al Derecho del Trabajo sigue siendo cualitativamente la misma en la actualidad...”.

⁹ Véase al respecto, GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: “Principios del Derecho del trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, marzo 2016, ejemplar multicopiado. Dice el autor: ...”

condicionadas económicas que establece el TFUE (art.9º) y que parece pudiera legitimarlo para contribuir decididamente a la configuración de un modelo social de la UE más acusado¹⁰.

Es evidente que el TJUE no queda al margen de los condicionantes económicos (¿el contexto socioeconómico como criterio hermenéutico?), pero sin caer en la crítica formulada en términos tan categóricos y excesivos, es cierto que hay tensión, fuerzas y contrafuerzas, en la definición del ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo y, con expresiones más o menos rígidas, se habla de su reinterpretación, reformulación, ineficacia, e incluso crisis, si sólo se enfoca desde la perspectiva económica o libertad de mercado. Lo que exige una tarea constante en la configuración de los ámbitos de interrelación o interacción entre el Derecho de la UE y los Derechos nacionales. La denominada integración negativa, en relación con los principios de libre circulación; y la positiva, en base a los principios generales del Derecho de la UE, entre los que cabe mencionar con una revitalizada fuerza el principio de igualdad de trato.

Sin duda, las decisiones del TJUE han contribuido al desarrollo del Derecho Social de la UE. Los principios y reglas desarrolladas por el TJUE en su jurisprudencia se han utilizado y han sido en algunas ocasiones trasladadas a reglas legales en el Derecho UE secundario. Ha reforzado la protección de los trabajadores y la libre circulación y la integración económica incluso antes de que comenzara a desarrollarse un Derecho del Trabajo y un Derecho Protección Social europeos¹¹. La dificultad ahora y por tanto el futuro incierto proviene del procedimiento legislativo en la UE que dificulta sobremanera la adopción de nuevas reglas normativas o la revisión de las

jurisprudencia creciente por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha venido a cuestionar profundamente los principios de orden social que han servido para interpretar dichos derechos sociales reconocidos por los Tratados y por el Derecho derivado europeo. (pág.26). Y sigue diciendo: “Con este marco jurídico, cargado de una intencionalidad económica evidente, no debe extrañar, por tanto que el TJUE haya venido fallando en el sentido expresado en los apartados anteriores. Hay una clara subordinación, diseñada desde los propios Tratados, del Derecho social al Derecho de la competencia, siendo evidente que la libertad de empresa viene elevada por el propio Derecho de la Unión Europea a la categoría de fundamento de desarrollo de la política social (pags.40-41).

¹⁰ Véase WEISS, : “The Potential of the Treaty has to be used to its Full Extent”, *ELLJ*, Vol.4, 2013, no.1, pág. 27.

¹¹ RÖNNMAR, M.: “EU Labour Law in Flux: Hard, Soft or Fundamental?”. Keynote paper for the 11ª ILERA European Regional Congress, 2016), p’g.4

existentes. Y, en consecuencia, ello apunta a enfatizar la labor del TJUE, su jurisprudencia, como complemento de las normas comunitarias y a reafirmar el “efecto dinamizador” del acervo normativo comunitario.

II. APROXIMACIÓN

1. EL DISCURSO

Es importante hacer una precisión cuando se trata de abordar el concepto de “trabajador” desde la perspectiva del Derecho de la UE.

Si el análisis se limitara al Derecho nacional español utilizaríamos la expresión “trabajador” referida al trabajador asalariado como sujeto que realiza una prestación de servicios en el marco institucional de un contrato de trabajo, definido en el Estatuto de los Trabajadores a través de las tres notas que lo configuran, ajenidad, dependencia y retribución (art.1º ET). Llegaríamos a la conclusión del elevado nivel de abstracción de esas notas según la formulación legal para excluir de la aplicación de esa norma a quienes prestan servicios “no asalariados” e inmediatamente deberíamos resolver la cuestión relativa a la definición de quien, por el contrario, y en contraposición, se califica en nuestro ordenamiento jurídico como trabajador autónomo. A partir de esta segunda operación, la de delimitación de dos categorías de trabajadores, asalariado y autónomo, volveríamos a encontrarnos con un problema de delimitación, el referido a las denominadas zonas grises como situaciones o supuestos de prestación de servicios que están en las fronteras del campo de aplicación del Derecho del Trabajo, que en nuestro ordenamiento jurídico depende de la existencia de un “contrato de trabajo”. Figura contractual que permite analizar los casos o supuestos de aquellas prestaciones de servicios basadas en un título contractual diferente y, en consecuencia, ayuda a la calificación jurídica de aquellas prestaciones de servicios o de trabajo que formalmente quedan al margen del contrato de trabajo laboral pero de complejidad especial o cualificada para su calificación jurídica. Labor que requiere de nuevo la reelaboración o reformulación de las notas caracterizadoras del contrato de trabajo y en este caso en sentido amplio o más restrictivo. La dimensión de la reformulación incide por tanto en el centro de imputación de las normas laborales y, en definitiva, en el ámbito personal de cobertura del Derecho del Trabajo. Y en este sentido, la tarea final consiste en determinar si la división binaria, trabajador asalariado y trabajador autónomo debería reconfigurarse introduciendo una categoría intermedia en el ámbito de aplicación del

Derecho del Trabajo. No se trata, por tanto, solo de marcar una línea divisoria en la que podríamos definir como categoría histórica identificada como zonas grises del Derecho del Trabajo y del contrato de trabajo¹², sino de definir una categoría dogmática entre trabajador asalariado y trabajador autónomo que permitiera la extensión del ámbito de aplicación de esta disciplina jurídica hacia quienes son económicamente dependientes.

Ese discurso no difiere del que se plantea en otros ordenamientos jurídicos y en los numerosos estudios que abordan esta cuestión - no sólo en relación con cada uno de los sistemas jurídicos de los que son Estados Miembros de la UE sino también respecto a los extracomunitarios- se intenta explicar si es posible y cómo ampliar o extender la protección del Derecho del Trabajo (y, en consecuencia, extender su ámbito de cobertura) a otras categorías de trabajadores que prestan sus servicios personales al margen formalmente de un contrato de trabajo, por tanto, más allá de los trabajadores asalariados¹³. De modo que los asalariados (en terminología inglesa *employees*), se distinguen (simplificando) de otras categorías de personas que también prestan trabajo personal. La de los trabajadores considerados dependientes sin contrato de trabajo (pero con contrato de otro tipo, contrato civil o mercantil; que incluye muy diferentes subcategorías según cada país); la del falso autónomo (*bogus self-employment*, que tiene formalmente una posición independiente) y la del genuino trabajador autónomo, (*self-employment* o *independent contractor*). Y se introduce la dimensión trasnacional no solo como orientación hacia el nivel nacional de configuración sino también con la finalidad de buscar métodos convergentes para ampliar el ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo y, en su caso, consensuar el mecanismo para proceder desde las instituciones comunitarias analizando si es posible (y deseable) que a ese nivel se adopte un concepto armonizado de trabajador. Volveremos sobre esta cuestión, la de interacción entre Derechos, de la UE y nacionales, más adelante.

¹² MARTÍN VALVERDE, A.: “La Jurisprudencia Social”, cit., pág. 31.

¹³ Véase, por ejemplo, CAVALIER, G. and UPEX, R.: “The Concept of Employment Contract in European Union Private Law”, ICLQ, vol.55, 2006, pág. 587 y ss; PENNING, F. and BOSSE, C. (Edits): *The Protection of Working Relationships. A Comparative Study*; Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011; DAVIDOV, G., FREEDLAND, M. and KOUNTOURIS, N.: “The Subjects of Labor Law: “Employees” and Other Workers”, in FINKIN, M and MUNDLAK, G. (Eds); *Research Handbook in Comparative Labor Law*; Edward Elgar, 2015; pág.1 y ss.

Desde hace más de una década se debate esta cuestión a nivel de la UE. Son numerosos los informes y estudios avalados por instituciones o redes europeas, algunos de ellos elaborados a petición de la UE, y los abundantes, individuales o colectivos, de la doctrina iuslaboralista europea para analizar si es posible alcanzar un concepto uniforme y unitario “europeo” de trabajador. Hay consenso en el objetivo pero no hay acuerdo en cuanto al modo o método que pudiera utilizarse desde la UE para conseguir esa finalidad. Son conocidos los Informes Supiot (1999)¹⁴, Perulli (2003)¹⁵; y el más actual O’Brien y otros (2016)¹⁶. Lo son también los documentos elaborados por la Comisión Europea; el Libro Verde (2006)¹⁷ y el actual sobre “Pilar Europeo de Derechos Sociales” (2016-2017)¹⁸. Es evidente que en todos ellos se trata

¹⁴ *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe* (Oxford, Oxford University Press, 2005). Publicado en español como *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

¹⁵ *Study on economically dependent work/parasubordinate (quasi-subordinate) work*, EC, PE 324.303, 2003

¹⁶ Comparative Report 2015. *The concept of worker under art.45 TFEU and certain non-standard forms of employment*; EU, 2016.

¹⁷ *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, COM (2006) 708.

¹⁸ COM (2016) 127 final. Véase, al respecto, RÖNNMAR, M.: “EU Labour Law in Flux- Hard, Soft or Fundamental?; cit.

La actual recomendación de la Comisión Europea sobre “El Pilar Europeo de Derechos Sociales” de 26 de abril de 2017, C(2017) 2600 final, que solo tiene el valor de servir de guía y orientaciones para futuras actuaciones a nivel de la UE y a nivel de Derechos Nacionales; no es directamente aplicable y, por tanto, debe trasladarse a acciones específicas o legislación separada, al nivel adecuado conforme a las respectivas competencias de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, en relación con cada uno de los tres ámbitos a que refiere: igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo; condiciones de trabajo “justas”; protección social e inclusión (en este caso, advirtiendo que “no afecta al derecho de los EMs para definir los principios de sus respectivos sistemas de Seguridad Social...”).

Desde la perspectiva que en este trabajo interesa, el relativo al ámbito de aplicación personal, se dice expresamente que el término trabajador (“worker”) refiere a los ciudadanos de la UE y a los nacionales de terceros Estados con residencia legal, comprendiendo a cualquier persona trabajadora con independencia de la naturaleza, modalidad o duración de su trabajo.

Si analizamos la versión inglesa de la recomendación, se deduce que el término trabajador (“worker”) es más amplio que el de trabajador por cuenta ajena (employee); lo que quiere decir que asume la orientación anglosajona sobre la “relación personal de trabajo” (“employment relationship”) más allá de un “contrato de trabajo” en sentido formal.

de buscar un equilibrio entre los fundamentos económicos de la UE (mercado interior y libre competencia) y la protección social de los trabajadores sobre todo en momentos en los que se ha expandido la UE y se ha incrementado la migración de quienes en términos amplios podemos denominar “ciudadanos comunitarios económicamente activos” y, de una u otra forma, se avanza en la definición a nivel EU del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo para evitar los conflictos jurídicos derivados de la diferente configuración o definición entre las normas laborales de los Estados Miembros y el Derecho Social de la UE.

Estos estudios tienen un común denominador en el método de análisis. Se buscan los elementos convergentes de los diferentes sistemas jurídicos de los Estados Miembros y se concluye que el estado de la cuestión en los diferentes países se orienta hacia la “modernización”, “reformulación”, “readaptación” del concepto legal de contrato de trabajo y hacia el replanteamiento del concepto de trabajador como mecanismo de respuesta ante las muy diferentes y cada vez más presentes formas no estándares de trabajo (en expresión ya un tanto superada, pero utilizada en la actualidad, “formas atípicas de trabajo”, y ahora en la aséptica de “otras formas de empleo”¹⁹), con la finalidad de que el Derecho del Trabajo pudiera orientarse hacia la

¹⁹ El cambio de terminología tiene su significado material. En efecto, se trata de evitar la interrelación entre formas atípicas de empleo y segmentación regresiva de las mismas como fundamento de una regulación precaria en base al lema de “competitividad, flexibilidad y productividad”. Puede verse, LANG, C., SCHÖMAN, I. and CLAUWAERT, S.: “Atypical forms of employment contracts in times of crisis”, ETUI, Working Paper 2013.3, Bruselas, 2013.

Son varios los informes de EUROFOUND; en el de 2014, sobre “Nuevas Formas de Empleo”, se listan hasta 9 formas nuevas de empleo (empleos compartidos; trabajos compartidos; gestión provisional; trabajo ocasional; trabajo móvil basado en las TICs; programas de vales a cambio de trabajo; trabajo para diversas carteras; trabajo repartido entre numerosas personas (plataformas en línea); empleo colaborativo. Y el informe sobre: “Nuevas formas de empleo: desarrollar el potencial de la compartición estratégica de empleados, 2016”. Ambos disponibles en <http://www.eurofound.europa.eu/publications>

PEDERSINI, R. y PALLINI, M. “Exploring the Fraudulent Contracting of Work in the EU”, Eurofound, informe de 2016, disponible en <http://www.eurofound.europa.eu/publications>.

Entre esas diferentes formas, el caso extremo tal vez lo represente el “contrato de cero horas” (ZHC, de origen inglés y de extrema flexibilidad) y el más utilizado en otros países de la UE, el trabajo a llamada (on-call work). Puede verse al respecto, DEAKIN, S.: “New forms of employment: Implications for EU law-The law as it stands”, Keynote paper, ELLN, Legal Seminar, 2014.

En relación con esta variedad o tipos de trabajos no estándar surge también la dimensión de la UE. Las denominadas Directivas sobre Trabajos Atípicos, en particular la Directiva sobre trabajo a tiempo parcial y la Directiva sobre contrato de duración determinada, no se adecúan actualmente a esas nuevas formas de empleo. Volveremos sobre esta cuestión en otro apartado de este estudio.

cobertura de las personas que desarrollan en general un trabajo para otros a cambio de una remuneración y bajo dependencia económica.

Pero surgen las divergencias porque no hay consenso en esos estudios o informes sobre cómo proceder al efecto, es decir, cómo articular equilibradamente la protección que dispensa esta disciplina jurídica a quienes son, han sido ¿y siguen siendo? los trabajadores típicos que conforman su ámbito subjetivo de aplicación y cómo ha de procederse a nivel de la UE. La teoría de los círculos concéntricos del Informe *Supiot* es bien conocida. Y otras, entre ellas, la que se describe como corrección de las excepciones o exclusiones del concepto que no puedan ser justificadas normativamente. O, en sentido positivo, la orientada hacia la inclusión de un grupo intermedio, el de los trabajadores económicamente dependientes o semi-dependientes o cuasi-dependientes, que comparten algunas características de los trabajadores asalariados y por tanto podrían aplicárseles, limitadamente, algunos derechos laborales. Los denominados “*dependent contractors*” –Suecia y Canadá-; “*employee-like*” –Alemania-; “*worker*” –Gran Bretaña- o “*para-subordinati*” –Italia-, configurados legalmente en Alemania, Suecia, Canadá desde hace décadas, y más recientemente en Gran Bretaña, Austria, Italia y España, con un significado no absolutamente homogéneo y cuya construcción legal ha sido objeto de crítica por la doctrina española y foránea²⁰. En España porque, a diferencia de otros países, como por ejemplo Gran Bretaña, en los que ese grupo intermedio se configura restrictivamente, tanto en el ámbito como en el de los derechos “laborales” aplicados, el TRADE tiene reconocidos un amplio espectro de derechos laborales aunque formalmente se le califique como “autónomo”. O la de promover interpretaciones finalistas para adicionales correcciones; o, en fin, la de establecer una protección especial a los grupos de trabajadores que son especialmente vulnerables²¹.

²⁰ En España, GARCÍA MURCIA, J.: “El Derecho del Trabajo ante...”, cit., 462 y ss; en la europea, entre otros, FREEDLAND, M. y KOUNTOURIS, N.: *The Legal Construction of Personal Work Relationship*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pág.104-112, con análisis de lo que denominan “experimentos legales al respecto”, pág.115 y ss.

²¹ Sobre estas propuestas y valoración, DAVIDOV, G.: “Setting Labour Law’s Coverage...”, cit., pág.554 y ss.

Las dudas planteadas a nivel doctrinal en cada uno de los específicos sistemas nacionales, trascienden al Derecho de la Unión Europea porque si no hay consenso sobre cómo abordar la extensión del Derecho del Trabajo, ¿es posible que haya en un futuro próximo un concepto comunitario y uniforme de trabajador en el Derecho de la Unión Europea aceptado sin fisuras por los países miembros en el seno de las instituciones comunitarias que tienen el poder decisorio?; ¿Es posible que las normas o instrumentos normativos de la UE establezcan ese concepto aplicable, por tanto, a todos los Estados Miembros?. ¿Se puede establecer a nivel de la UE un resultado equilibrado entre la propuesta de expandir ampliamente el Derecho del Trabajo a costa de rebajar los estándares de protección y aquella otra orientada desde la contención de la expansión hacia lo que podría denominarse una expansión selectiva (que no regresiva, derivada de un exceso de “universalismo”²²)?. Expansión selectiva que debería mantener, como seña de identidad del Derecho del Trabajo, la distinción clara y cierta entre los asalariados (y los asimilados) y los trabajadores autónomos puesto que hay justificación jurídica para la distinción (la dependencia o subordinación jurídica) para evitar que se recurriera a una rebaja de los estándares de protección que podría derivar de una opción extrema de incluir a los autónomos en el ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo. Al margen de esa distinción, una excesiva fragmentación, con fundamento en lo que se ha denominado “segmentación del mercado de trabajo”²³, podría conducir también a lo que se ha definido como “segmentación” de los derechos de los trabajadores²⁴

De la dificultad de que haya un consenso a medio plazo entre los países que integran la UE que pudiera confluir en la armonización del concepto de trabajador, derivan las diferentes propuestas al respecto. Desde la inspirada en la lógica

²² En la expresión y significado de DAVIDOV, G. op.ult.cit., pág.562-563.

²³ En la noción de DEAKIN: “ Addressing labour market segmentation: The role of Labour Law”, Working Paper no.52, ILO, 2013: the division of the labour market into separate submarkets or segments, distinguished by different characteristics and behavioural rules

²⁴ FREEDLAND, M: “The segmentation of workers’ rights an the legal Anlysis of Personal Work Relations: Redefining a problem”, en *Comparative Labour Law and Pol’Y Journal*, Vol.36, 2014-2015,pág.245: ... situations in which those rights or protections are conferred upon a group or groups of workers to the exclusion of another group or other groups of workers. Using the terminology of segmentation of workers' rights in that particular sense-which refers quite closely to rights directly conferred by labor/employment law itself-I argue that segmentation of workers' rights has, during the last twenty or so years, become a more and more prominent phenomenon, and that it continues to do so.

economicista y en la ideología neoliberal del Libro Verde de la Comisión Europea en el que se insinuaba la posibilidad de alcanzar una definición amplia de la relación laboral²⁵ rebajando los mínimos reguladores del Derecho del Trabajo para que esas nuevas tutelas, menores que las actuales, acabaran beneficiando a todos los trabajadores en sentido amplio; hasta las más pragmáticas (tengan o no sesgo ideológico) en relación con técnicas de *soft law* en el marco de la cooperación reforzada, dejando margen amplio a los EMs para adaptar su contexto nacional (Perulli). Pasando por aquellas que explican y justifican la intervención normativa de *hard law* (entre otros, Kenner) pero que, atendiendo a las dificultades reales en el proceso político actual, reafirman la legitimidad del TJUE para redefinir un contrato como contrato de trabajo si la persona realiza materialmente el trabajo como un trabajador (que ya contenía el Informe Supiot) dejándole avanzar y afianzar su jurisprudencia (Countouris).

2. LA SEMÁNTICA

Es innegable la influencia del *common law* en muchas de las construcciones normativas y jurisprudenciales del Derecho de la UE. Desde esta perspectiva, debe advertirse que la terminología inglesa al uso utiliza, unas veces en sentido uniforme y otras veces con diferentes significados, las expresiones *worker*, *employee*, *employment contract*, *employment relationship*. Así, por ejemplo, la expresión *worker* (de uso por el TFUE en el ámbito de la libre circulación, en especial en la libre circulación de trabajadores; y de referencia en numerosas Directivas en el ámbito de la política social) no puede entenderse siempre como contrapuesta a *employee*; es decir, en terminología española no pueden hacerse equivaler a trabajador autónomo frente a trabajador asalariado, respectivamente. Algunas veces se utilizan indistintamente *worker* y *employee* y otras se utiliza aquella expresión en términos más amplio y *employee* como

²⁵ FALGUERA i BARÓ, M.: “El Libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo de la Unión: una preocupante iniciativa”; IUSLabor 2/2007

una categoría incluida en ese concepto general. Pero *worker* no aparece en el Derecho Social de la UE como equivalente al término trabajador autónomo; para éste se utilizan las expresiones “*self-employee*” o “*independet contractor*”.

Por otro lado, aunque en Derecho español se use indistintamente las expresiones contrato de trabajo y relación de trabajo, en terminología inglesa *employment contract* no se corresponde exactamente con la de *employment relationship* en la dogmática y normativa de orientación anglosajona. Un ejemplo es la reciente sentencia TJUE de 17 de noviembre de 2016 (Asunto *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, C-216/15) en la que se plantea la definición del concepto de trabajador en el contexto de la cesión de trabajadores conforme a la Directiva 2008/104. Sin entrar ahora a valorar los fundamentos y fallo de la sentencia, debe tenerse en cuenta que en la versión española de la sentencia se utilizan hasta tres expresiones para la inglesa *employment relationship*; en efecto, en la Directiva se habla de “relación laboral”, “relación de empleo” y “relación de trabajo”; se aplica no solo a los trabajadores que han celebrado un contrato de trabajo con una empresa de trabajo temporal sino también a aquellos que tienen una “relación laboral” con tal empresa. Se entiende mejor en terminología inglesa porque en el fondo lo que esta sentencia está planteando es la distinción, propia de la legislación y doctrina inglesas, entre *employment contract* y *personal work relationship*. En efecto, conforme a esa Directiva se utiliza el término “worker”, definido como la persona que está protegida como “trabajador” (conforme al Derecho nacional de Trabajo de cada Estado Miembro); y se indica que (art.1º.1.) a efectos del ámbito de aplicación de la citada Directiva “This Directive applies to workers with a contract of employment or employment relationship with a temporary work agency who are assigned to user undertakings to work temporarily under their supervision and direction”. Es decir, se aplica tanto a los que han formalizado un contrato de trabajo como a los que, con independencia del tipo de contrato suscrito realizan una prestación de trabajo²⁶.

²⁶ Apunta así esta Directiva a la distinción que expresa la legislación británica en la *Employment Rights Act*, 1996, c.18, parágrafo 230. Esta norma se define “employee” como “an individual who has entered into or works under...a contract of employment”; y “worker” como “individual who has entered into or works under...a) a contract of employment or b) “any other contract, whether express or implied and (if its is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes *to do or perfomer personality any work or services for another party* to the contract whose status is not by virtue of contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual”. Término *worker* que en la legislación británica se utiliza para dar cabida a la que otros ordenamientos

Por tanto, con esa precisión terminológica, debe advertirse que en este estudio nos referimos a “trabajador” en sentido amplio; y distinguiremos entre trabajador asalariado y trabajador autónomo cuando se estime necesario.

3. EL CONTEXTO- EL ROL O LABOR DEL TJUE EN EL DERECHO DEL TRABAJO DE LA UE

Si como acabamos de ver, algunas de las propuestas impulsan la labor del TJUE en la construcción del modelo social de la UE y, en concreto, en la formulación del concepto de trabajador como elemento o rasgo sustancial en la construcción de un Derecho del Trabajo de la UE, contextualizar el estudio de la jurisprudencia actual del TJUE exige a nuestro juicio, tal y como habría que proceder desde la perspectiva del Derecho nacional, a insertar las decisiones últimas en la trayectoria histórica del propio TJUE y en el contexto social, económico y jurídico. En el seno de las instituciones comunitarias se aprecian tensiones entre los diferentes Estados puestas de manifiesto en las que tienen el poder decisorio (en especial, en la Comisión Europea) y, en consecuencia, entre ésta y el TJUE, lo que pudiéramos definir como dialéctica legislador-jurisprudencia en el ámbito de la UE.

En esa dialéctica (existente también a nivel interno de los ordenamientos jurídicos nacionales) el TJUE sigue jugando un papel dinamizador del acervo comunitario normativo²⁷, y en concreto en el desarrollo del Derecho del Trabajo de la UE. Para comprender la labor del TJUE en este contexto se exigiría un análisis histórico detenido de su jurisprudencia, en torno a las dos fases que se describen como propias de esa visión, una la de expansión, entre 1970 y finales de 1990. Otra, la segunda, de profundización y contracción a partir de 2000; profundización con fundamento en la configuración legal de los derechos fundamentales (también de los sociales) conforme a la CDFUE y contracción tras *Quarter Laval* y el conflicto surgido

jurídicos han definido como categoría intermedia entre el trabajador asalariado y el trabajador autónomo, los económicamente dependientes o “dependent contractor”.

²⁷ Se utiliza esta expresión con el significado propuesto por CRUZ VILLALÓN, J: “Últimas tendencias en la Jurisprudencia del TJUE”, Revista *Temas Laborales*, núm.130, 2015, pág.13 y ss, en cuyo discurso apoyamos las reflexiones que siguen.

entre el Derecho del Trabajo y las consideraciones o razones económicas²⁸. Puede ponerse como ejemplo su influencia en la Directiva 2014 sobre refuerzo del Desplazamiento de los Trabajadores; la propuesta actual 2016 de modificación de la Directiva sobre Desplazamiento; el actual debate sobre la propuesta de modificación en materia de coordinación de la Seguridad Social para definir el ámbito de la protección social de quienes son ciudadanos comunitarios distinguiendo entre económicamente activos y económicamente inactivos. Tampoco ha perdido su influencia como intermediario entre las prescripciones de las normas de Derecho Derivado de la UE, en especial de las Directivas que conforman el acervo sobre política social, y su corrección en la transposición por parte del ordenamiento nacional interno, contextualizando cada una de esas normas y su específica materia en relación con los principios generales orientadores de la política de armonización y de los que se definen como informadores del ordenamiento europeo, entre ellos, especialmente, el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación. Y, por supuesto, como indica Cruz Villalón en la “interiorización de esa doble alma en materia laboral”.

Si ello es así, no puede concluirse que haya un debilitamiento de la jurisprudencia comunitaria. Todo lo contrario, sigue habiendo propuestas en torno al avance del TJUE en la construcción del acervo comunitario y su papel complementario en las iniciativas que, al respecto, adopten en el futuro próximo las instituciones comunitarias, más aún si no hubiera perspectiva de hard law reduciéndose a soft-law. Es imprescindible que el razonamiento jurídico del TJUE sea coherente y consistente porque, como veremos, hay una compleja interrelación entre los diferentes ámbitos del Derecho del Trabajo de la UE; fricciones y dificultades aparecen cuando hay superposiciones entre los compartimentos normativos “laborales” en el nivel de la UE,

²⁸ Detenidamente, DAVIS, A.C.L., BOGG, A. and COSTELO, C.: “The role of the Court of Justice in labour law”, en BOOG, A., COSTELLO, C. and DAVIES, A.C.L (Eds): *Research Handbook on EU Labour Law*; EE Elgar, 2016, pág.114 y ss.

Denominamos “Quarter Laval” a las sentencias pronunciadas por el TJUE, Asuntos Viking, Laval, Rüffert y Comisión contra Luxemburgo, en las que por un lado, se analizaban la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios y por otro el Derecho colectivo del trabajo nacional y los derechos fundamentales colectivos, tales como, el derecho de asociación, el derecho a la acción colectiva y el derecho a la negociación colectiva. Recuérdese que en todos estos casos el TJUE primó la libertad económica de establecimiento y de provisión de servicios frente a los derechos sociales. Una revisión crítica del impacto de esa doctrina jurisprudencial en el desarrollo del Derecho del Trabajo de la UE, BARNARD, C.: “The Calm after the storm: Time to reflect on EU (labour) law scholarship following the decisions in Viking and Laval”, en BOGG, A., COSTELLO, C. and DAVIES, A.C.L. (Eds.). *Research Handbook...cit.*, pág. 337 y ss

que requieren de una solución jurídica que, en ocasiones, es cierto, pudiera ir más allá de una ordinaria tarea interpretativa de esas normas.

III. CONCEPTO LEGAL DE TRABAJADOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. SUBSIDIARIEDAD VERTICAL

La configuración normativa europea del concepto de trabajador se caracteriza por la “subsidiaridad vertical”²⁹, la fragmentación y segmentación, que entre otras consecuencias aboca a la falta de coherencia jurídica si nos atenemos a la finalidad y función de las normas que conforman el contenido del Derecho del Trabajo de la UE.

No hay en la actualidad –y no parece que la haya corto y medio plazo- una respuesta legal a nivel de la UE a la configuración del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo. No hay un concepto legal (*hard law*) de trabajador en el acervo de la UE, único y uniforme, que se aplique a todas las áreas del Derecho Social y, en consecuencia, que actúe como límite claro y preciso a la libertad de los Estados Miembros para definir su propio ámbito nacional de aplicación de las normas que pudieran definirse como sociales. Atendiendo a las diferencias apreciadas en la configuración personal del Derecho de la Seguridad Social y el Derecho del Trabajo en la UE, y con la advertencia que en este estudio se deja al margen la protección social³⁰, en el ámbito del Derecho del Trabajo de la UE el concepto de trabajador (entendida ahora esa expresión en sentido amplio, asimilado a “worker”) se incluye en el Derecho Originario y en el Derecho Derivado de forma fragmentaria y segmentada con

²⁹ KENNER, J.: “New Frontiers in EU Labour Law: From Flexicurity to Flex-Security”, cit., pág.290.

³⁰ Como bien se ha expresado, la Jurisprudencia comunitaria está “deslaboralizando” los Reglamentos de Seguridad Social...y, en concreto, la aplicación de sus disposiciones no está condicionada al ejercicio de una actividad profesional; de modo que “el concepto de persona incluida en el ámbito de aplicación personal de los Reglamentos, a su vez, está también en plena fase de evolución, creación y consolidación. Ha de tratarse de un asegurado social...”. ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Trabajador Expatriado y Seguridad Social*; Edit.Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pág.53. Como bien explica la autora, “el Derecho de la Seguridad Social de la UE va aplicando progresivamente el concepto de asegurado; éste puede ser trabajador activo o no, puede ser pensionista y/o perceptor de prestación no contributivas...; porque, aunque “cada ordenamiento nacional sigue siendo el único competente para especificar el camino a cuyo través se accede al correspondiente Sistema de Seguridad Social, éstos deben respetar el Derecho de la Unión y su legislación no puede tener por efecto excluir del ámbito de aplicación a las personas que lo estén en el Reglamento de Seguridad Social” (pág.54-55) con fundamento en el derecho de libre circulación.

diferente finalidad según los ámbitos materiales específicos, sustantivos o procesales³¹, de las normas “laborales” de la UE.

En el ámbito sustantivo la dificultad de definir el concepto de trabajador deriva de un prius, a saber, del significado del que denominamos “Derecho del Trabajo de la UE” porque, entre otras cuestiones, está condicionado por la transversalidad de las materias que giran en torno al “trabajo” y (si no por los títulos competenciales) sí por el modo de ejercicio por las instituciones de la UE de las competencias en su organización confederal.

El Derecho del Trabajo de la UE es política social propiamente dicha (es decir, la que puede entenderse como Derecho del Trabajo en sentido estricto, en tanto que como sistema de normas que regulan la relación individual y colectiva entre los trabajadores y los empresarios; y no en sentido amplio, entendiendo por social el conjunto de medidas que pueden encuadrarse en el “estado del bienestar”); es libertad

³¹ Desde la perspectiva de la competencia judicial en materia de contratación, aunque no se trata en este trabajo, debe tenerse en cuenta el Reglamento (CE) nº 1215/2012, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Sobre la aplicación de estas reglas de la UE, puede citarse la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2015 (C-47/14, Asunto *Holtermann Ferho y otros*), que resuelve una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 5, puntos 1 y 3, del capítulo II, sección 5 (artículos 18 a 21) y del artículo 60, apartado 1, del Reglamento anterior (Reglamento nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000), en relación con la responsabilidad de un **administrador** de varias sociedades y con la demanda que tiene por objeto condenarlo al pago de daños y perjuicios porque las referidas sociedades invocaron, a título principal, que el administrador había desempeñado incorrectamente sus funciones de administrador, lo que lo hacía responsable frente a ellas. Además, alegaron igualmente el dolo o la imprudencia consciente en el cumplimiento de su contrato de trabajo, y con carácter subsidiario, que las faltas cometidas por el Sr. Spies en el ejercicio de sus funciones constituían un acto ilícito.

Dejamos apuntada la cuestión planteada: recuerda el TJUE que las reglas especiales de atribución de competencia judicial previstas en el Reglamento 44/2001 solo se aplicarían al caso si el administrador estaba ligado por un «contrato individual de trabajo», en el sentido del artículo 18, apartado 1, del Reglamento, a la sociedad de la que fue director y administrador y que, por lo tanto, puede ser calificado como «trabajador», en el sentido del apartado 2 del mismo artículo (párrafo 34). Advierte que el citado Reglamento no define ambos conceptos, el de contrato individual de trabajo y el de trabajador y la calificación del vínculo no puede resolverse sobre la base del Derecho Nacional; para garantizar la plena eficacia de la norma comunitaria (párrafo 37) “los “los conceptos jurídicos que figuran en éste deben interpretarse de una manera autónoma que sea común a todos los Estados miembros”.

En cuanto a los razonamientos que utiliza esa sentencia para definir si la relación jurídica encaja en la calificación europea de “contrato de trabajo”, remitimos al apartado IV de este estudio,.

de circulación de trabajadores y migración económica de trabajadores; es, en fin, derechos sociales fundamentales, en especial, igualdad y no discriminación en el empleo y en la ocupación, y, en consecuencia, está condicionado por las respectivas competencias entre UE y Estados Miembros³². Distingamos ahora dos grandes áreas, la política social de la UE y la relativa a las libertades de circulación, previstas en diferentes apartados del TFUE, para atisbar su interrelación y entrecruzamiento. . La distinción formal no se traspasa, como veremos, a la dimensión material de estos ámbitos o áreas del Derecho del Trabajo entrecruzados e interrelacionados porque en ellos confluyen la finalidad y función de este sector del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

1. POLÍTICA SOCIAL

En la política social (Parte III, Título X del TFUE, arts. 151 y ss) la configuración legal comunitaria de un concepto de trabajador (a modo de estatuto jurídico armonizado de trabajador en la UE) respondería a un criterio finalista general, garantizar la protección adecuada y uniforme de los trabajadores en el seno de la UE de modo que el concepto legal permitiera o facilitara asegurar que ninguna persona incluida en el ámbito de aplicación de las Directivas armonizadoras en las materias enunciadas en el TFUE, y que conforman la política social de la UE, quedara excluida de su cobertura en base a una definición nacional del concepto de trabajador que

³² Ese carácter transversal trasciende al contenido y desarrollo del Derecho del Trabajo de la UE puesto que refleja una tensión entre soberanía de la UE y de los EMs, integración social y económica, mercado y derechos humanos , RÖNNMAR, M.: *EU Labour Law in Flux...*, cit., pág.18.

Convendría al menos dejar apuntado el problema relativo al significado y contenido del Derecho del Trabajo de la UE, aún en constante construcción, de modo que en la actualidad aún podría hablarse más que de Derecho del Trabajo de la UE de la “Europeización” del Derecho del Trabajo. Si revisamos alguno de los Manuales (en la definición española de libro que recoge los aspectos básicos y esenciales de una materia) no parece que haya consenso absoluto. En efecto, si bien el Derecho del Trabajo gira en torno a la política social en sentido estricto (distinguiendo entre Derecho Individual y Derecho Colectivo del trabajo) y en torno a la igualdad de trato y el derecho a la no discriminación en el empleo y en la ocupación, no hay respuesta unánime a si debe incluirse también la materia relacionada con la libertad de circulación de las personas por motivo de trabajo. Véase, al respecto , en sentido muy diverso BARNARD, C.: *EU Employment Law*, 4ª edic., Oxford, University Press, 2012 (incluye el derecho migratorio laboral); BOGG, A., COSTELLO, C. y DAVIS, A.C.L.: *REsearch Handbook on EU Labour Law*; EE Algar, UK, USA, 2016 (que nada indican al respecto sobre esa materia).

restringiera la aplicación de esas normas comunitarias. De modo que el concepto europeo sería un límite (mínimo) al ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo de cada Estado Miembro para evitar, como segunda finalidad complementaria, que hubiera una competitividad ilícita –el reiterado dumping social³³– entre los diferentes países de la UE. El Derecho de la UE fijaría un límite mínimo al ámbito de aplicación personal del Derecho nacional del Trabajo, de modo que los Estados Miembros no podrían rebajar ese límite, pero sí ampliar el ámbito de la definición comunitaria.

La realidad es otra y se caracteriza por una aproximación fragmentaria al concepto de trabajador. No hay un concepto común armonizado sino diferentes conceptos según el ámbito de aplicación objetivo de cada una de las Directivas que lo integran, atendiendo a la singularidad jurídica de las mismas que no pretenden tanto armonizar conceptos como establecer condiciones laborales y de empleo mínimas y estándares en los diferentes Estados Miembros. Esto ha derivado en la fragmentación de las caracterizaciones normativas de la legislación laboral de la UE lo que puede dejar al margen o fuera de protección (total o parcial) a categorías (más o menos amplias) de trabajadores, según la técnica de regulación que cada específica norma comunitaria haya adoptado al respecto en la formulación de su ámbito de aplicación personal en función de su específica finalidad de parcial armonización en la garantía o protección de los derechos de los trabajadores en relación a la materia u objeto concreto de regulación. Esas diferentes técnicas de regulación se yuxtaponen configurando lo que puede denominarse “normative patchiness” ³⁴, que no solucionan la cuestión principal, quién es trabajador a efectos de aplicación uniforme de todas las normas de la UE que conforman, en todas sus dimensiones, los derechos laborales y sociales.

¿Habría competencia de las instituciones de la UE para abordar esa cuestión?

Por un lado podría argumentarse que no porque de acuerdo con el actual art.153.1

³³ BARNARD C.: “Fifty Years of Avoiding Social Dumping? The EU’s Economic and NOT So Economic Constitution”, en DOUGAN, M. y CURRIE, S. (Eds): 50 Years of thecit., pág.342; el dumping social no puede focalizarse como oposición entre economía y social sino orientado hacia la consecución del principio de **Solidaridad**, según aparece hoy en la CDFUE y art.2º TUE. La referencia a este principio es una constante en la doctrina laboralista europea; se trata de uno de los argumentos (junto al principio de igualdad de trato) para contrarrestar la influencia de la “lógica no solidaria” de las libertades económicas del mercado interior en el Derecho del Trabajo de la UE. Véase, H.-W. Micklitz, “The ECJ between the individual citizen and the member states – a plea for a Judgemade European Law on Remedies”, en: H.-W. Micklitz and B. De Witte (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2012.

³⁴ FREEDLAND, M. y COUNTOURIS, N.: *The Legal construction of Personal...*, cit., pág. 396.

TFUE las instituciones de la UE solo pueden “apoyar y complementar” las competencias de los EMs” en el ámbito del Derecho del Trabajo lo que significaría que las instituciones europeas no podrían interferir en los Derechos nacionales a través de una noción general de relación de trabajo. Por el contrario, se podría contraargumentar que si la UE tiene competencia para definir el ámbito personal de las específicas Directivas no se comprende por qué no podría tener competencia para llevar a una definición amplia y comprehensiva aplicable a todas las Directivas³⁵. La duda entre armonización parcial y armonización total parece que, en aras del principio de seguridad jurídica, podría solucionarse justificando esta segunda porque, de lo contrario, la armonización parcial puede conducir a la incertidumbre de la aplicación del concepto nacional cuando se duda de si se ve afectada la parte armonizada de la norma concreta³⁶. Añadiendo a lo expresado que, como veremos, aunque pudiera afirmarse que no hay una armonización de iure del concepto de trabajador, sí hay una armonización de facto.

2. MERCADO ÚNICO Y LIBERTADES ECONÓMICAS

En el ámbito de las normas de la UE sobre mercado único y libertades económicas, habría que referirse a la libertad de circulación (LC) de personas, físicas o jurídicas para desarrollar una actividad económica en diferentes países de la UE, de conformidad con lo dispuesto en la Parte III, Título V, arts.45 y ss del TFUE. La LC es o forma parte del Derecho del Trabajo de la UE en tanto que plantea cuestiones relacionadas con el trabajo, empleo y ocupación, no solo con referencia exclusiva a la Libre circulación de trabajadores -LCT (que se orientaría hacia la perspectiva del trabajador migrante y a una de las áreas del Derecho del Trabajo, el de la migración económica de trabajadores)- sino también en relación a la Libertad de Establecimiento

³⁵ Da cuenta de ese debate, WASS, B.: “The legal Definition of The Employment Relationship”, cit., pág.50. Optando más por el nivel de implementación y no tanto por el nivel de codificación legal de conceptos, GRANDI, B.: “Would Europe Benefit from the Adoption of a Comprehensive Definition of the Term ‘Employee’ Applicable in all Relevant Legislative Modes”, *IJCLIR*, Vol.24/4, 2008, pág.495 y ss.

³⁶ VOOGSGEERD, H.: “Rethinking Scope and Purpose of National Labour Law because of Developments in the EU Labour Law”, puede consultarse https://www.upf.edu/documents/3298481/3410076/2013-LLRNConf_Voogsgeerd.pdf/3bf27f05-7f02-40f5-a879-792b1323f853, (última visita marzo 2017), pág. 5.

(LE) y la de Prestación de Servicios (LPS) porque en ambas esferas puede quedar implicado el trabajo personal. En este ámbito, cada vez más complejo y en la actualidad replanteado a nivel doctrinal, confluyen muy diversas orientaciones -a las que aún no da respuesta el legislador de la UE- en torno a las distintas posibilidades que un ciudadano de la UE encuentra para moverse a otro Estado Miembro con el propósito de trabajar. Si bien la LCT (art.45 y ss TFUE) es la principal vía a estos efectos, no puede olvidarse que la LE (cuando se ejerce por personas físicas) y la LPS cuando los servicios tienen un fuerte componente de mano de obra (por ejemplo, sector de la construcción o servicios de seguridad) del que deriva un desplazamiento de trabajadores, también se orientan hacia esa finalidad. De modo que en estos supuestos de confluencia de trabajo o finalidad de trabajo transnacional urge una respuesta por el legislador europeo de forma global y unitaria para eliminar el falso dilema entre “protección y proteccionismo”³⁷ que, con fundamento único en la libertad de mercado, ha primado -o a menos, se utiliza con criterio prioritario- y ha originado una situación no solo confusa sino también contradictoria desde la perspectiva jurídica. No es posible seguir manteniendo una estricta dicotomía o separación entre la LCT y la LPS cuando también en ésta pueden quedar implicados trabajadores, deviniendo necesaria una reconceptualización de la libertad de circulación de personas “trabajadoras” desde el principio de igualdad de trato, como principio general de actuación de los poderes públicos en el marco de la UE.

Pongamos un ejemplo, una Directiva comunitaria sobre política social podría establecer su ámbito de aplicación personal en términos amplios (definición extensiva de “trabajador”) y, por tanto, que su específica medida de garantía (conforme a su ámbito objetivo de aplicación, despido colectivo, insolvencia, derechos de información, trabajo de duración determinada....) debiera aplicarse a un amplio elenco o categorías de trabajadores, incluidos aquéllos que pudieran traspasar la frontera de la laboralidad o que estrictamente quedaran al margen de un contrato de trabajo porque no fueran trabajadores asalariados según la definición nacional del Estado Miembro en cuestión. Desde la perspectiva de la LC (arts. 49 y 56 TFUE) se garantiza la libre circulación de los trabajadores autónomos tanto en relación con la LE como de la LPS,

³⁷ En el sentido planteado por COUNTOURIS, N. and ENGBLOM, S.: “Protection or Protectionism?”. A Legal Deconstruction of the Emerging False Dilemma in European Integration”, *ELLJ*, Vol.6, 2015, No.1, pág. 20 y ss.

respectivamente (los que realizan actividades no asalariadas, según art.49 TFUE; y los profesionales liberales PS). Interpretados estos preceptos exclusivamente desde la libertad de mercado, en tanto que prohíben las restricciones a esa libertad (y no exigen igualdad retributiva en el Estado de acogida respecto de sus propios nacionales) no parece que los Estados Miembros pudieran decidir, libremente si su legislación laboral protectora se extiende a los trabajadores autónomos o al menos a una categoría de ellos, los denominados en la legislación española “trabajadores autónomos económicamente dependientes” (no queremos decir que éstos formen parte del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo en los mismos términos que un trabajador asalariado sino que se les pueda reconocer ,determinados derechos laborales) porque ello podría restringir la libre circulación de quienes pueden considerarse en el ámbito del Derecho de LC de la UE como trabajadores autónomos. Desde la lógica economicista se diría que los Estados Miembros no deben establecer restricciones a la LE y a la LPS imponiendo reglas derivadas del Derecho del Trabajo a los autónomos que quieren ejercer su libertad de prestación de servicios en la UE. De otra forma expresado, los Estados Miembros no podrían ampliar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo porque podría restringir la libertad de circulación de quienes, desde la óptica comunitaria, pudieran ser considerados como trabajadores autónomos.

La perspectiva es diferente si a la lógica economicista (principio de acceso libre al mercado) y a la de competencia se une la de protección o garantía de derechos sociales a través del principio de igualdad de trato como mecanismo de revisión de la relación entre la UE Social y los derechos laborales y el Derecho del Mercado Único³⁸. Aun cuando no pueda realizarse en este estudio un análisis exhaustivo de la libertad de circulación y el Derecho del Trabajo, el entrecruzamiento es evidente cuando nos adentramos en la que podríamos definir como “movilidad de trabajo” o libertad de circulación de personas físicas económicamente activas que se trasladan desde su país de origen a otro Estado de la UE con la finalidad de trabajar o prestar servicios. Esa movilidad puede adoptar varias formas: como trabajador asalariado que hace uso de su libertad de circulación en el sentido del art.45 TFUE (LCT) ; como trabajador autónomo

³⁸ Véase al respecto el Informe que a petición del EMPL Committee del Parlamento Europeo han elaborado SCHIEK, D. y otros: *EU Social and Labour Rights an EU Internal Market Law*, 2015, PE563.457, <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, en el que se analiza la situación en cuatro países, Irlanda, Polonia, España y Suecia.

(*self-employee*) en el marco de la LE o en la LPS; como trabajador desplazado por una empresa en el marco de la libertad de ésta a la prestación de servicio³⁹. Estas diferentes vías exigirían adentrarse en el estudio detenido del ámbito de aplicación de esas libertades con la finalidad de plantear la posibilidad de que se adoptara un concepto común de trabajador a partir de uno general, el que podría definirse como persona que se traslada por motivos de trabajo personal. Desde esta perspectiva, no se trataría de buscar justificaciones a la restricción de la libre circulación de determinados trabajadores sino de insertar la finalidad de protección como elemento coadyuvante del económico, precisándose entonces de una delimitación legal clara entre trabajadores (asalariados y asimilados) y trabajadores autónomos, de modo que la extensión del ámbito personal de cobertura del Derecho del Trabajo, nacional y de la UE, no entraría en conflicto con la LE y la LPS.

Desde esta perspectiva, cabría en primer lugar una lectura diferente del art. 45 TFUE en relación con la LCT. Ese precepto no define el concepto de trabajador; tampoco el Reglamento 492/2011, de 5 de abril de 2011, que reconoce la LC como derecho fundamental y solo expresa que ese derecho se reconoce a “los trabajadores permanentes, de temporada, fronterizos o que ejerzan sus actividades con ocasión de una prestación de servicios” (cdo 5). El precepto del TFUE es un “híbrido legal” que combina protección y libertad de mercado porque por un lado (párrafo primero), y a diferencia de los art.49 y 56, no está establecido en términos de prohibición a la LC; por otro, (párrafo segundo) sí establece la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad.⁴⁰ Este carácter ambivalente permitía que pudiera reconducirse la

³⁹ Aún cuando en el estudio no se analiza el desplazamiento de trabajadores, desde el Derecho de la UE se deja apuntado el problema; a saber, la libertad de los trabajadores desplazados ¿desde qué óptica hay analizarla, desde “trabajador” o desde “servicios” de la empresa a la que prestan su trabajo?

⁴⁰ Establece el precepto (art.45 TFUE). 1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. 2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. 3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión. 4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública.

El art.49 TFUE, en lo que aquí interesa dispone: “ En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en

prestación de servicios de los que cupiera entender como “económicamente dependientes”, siempre que hubiera en (o pudiera deducirse de) la legislación de la UE un concepto de trabajador a efectos de LC basado más en la dependencia económica que en el concepto estricto de la subordinación jurídica. Si ello fuera así, quedarían incluidos como trabajadores a efectos de LCT aquellos respecto de los que se aprecia una solución incoherente y restrictiva a nivel de la UE, que denominamos en el ordenamiento jurídico español como trabajadores económicamente dependientes, desligados definitivamente del ámbito de la LE y LPS en el que quedarían incluidos solo los trabajadores autónomos. Si ello fuera así, habría que plantear la necesidad de abordar a nivel legislativo europeo un concepto positivo y restrictivo de trabajador autónomo, de modo que quedara garantizada la libertad de los Estados Miembros para extender una protección adecuada a todas las categorías de trabajadores económicamente dependientes que necesitaran de esa protección sin entrar en conflicto jurídico con la libre circulación⁴¹.

En segundo lugar, cabría también plantear la interrelación entre LCT-LE-LPS- a partir de la inserción del principio de igualdad de trato en la lógica de la LE y LPS evitando lecturas “Quarter-Laval” en la libertad de movimientos de los trabajadores migrantes. El término de comparación (elemento primero del principio de igualdad) quedaría fijado en la libertad de circulación de los trabajadores. Con fundamento en ese principio y su resultado, la protección comparable derivada del carácter híbrido del art.45 TFUE, se obtendría el resultado de aplicar el mismo tratamiento a los trabajadores extranjeros que realizan exactamente el mismo tipo de trabajo y servicios que un trabajador nacional pero respecto del que la única diferencia (no parece

el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

Y el art.56 TFUE: “En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación...”;

Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales.

⁴¹ En el sentido propuesto por VAN PEIJPE, T.: “EU Limits for The Personal Scope of Employment Law”, *ELLJ*, Vol.3, 2012, pág.52-53.

objetiva y razonable) es el país de establecimiento de la empresa para la que trabaja el sujeto⁴². O al trabajador o profesional que se traslada para trabajar como autónomo para un solo cliente en otro país de la UE diferente al de su nacionalidad y siempre que pudiera definirse esa relación como de trabajo económicamente dependiente⁴³.

Atendiendo por tanto a la ausencia de un concepto legal unitario y uniforme de trabajador en las normas laborales de la UE, y ante la inevitable situación a corto y medio plazo no propicia para que las instituciones comunitarias contemplen la adopción de una Directiva sobre el concepto de trabajador con la finalidad de ampliar la protección y garantía de medidas de política social a quienes actualmente están excluidos del ámbito de aplicación de esos instrumentos o que solo están limitadamente protegidos, resulta que de nuevo reaparece el TJUE en su papel dinamizador, de desarrollo y consolidación, del Derecho de la UE.

⁴² Así, COUNTOURIS, N. and ENGBLOM, S. : “‘Protection or protectionism’....”. cit., p’g.42-43 en el que aportan un ejemplo muy ilustrativo (Titius y Caius, trabajadores ambos de la construcción) .

⁴³ Véase al respecto, VAN PEIJPE, T.: “EU limits....”, cit.; COUNTOURIS, N. y ENGBLOM, S. “Protection...” cit.,; VERSCHUEREN, H.: “Being Economically Active How it still Matters”, en VERSCHUEREN, H. (Edit.): *Residence, Employment and Social Rights of Mobile Persons*; Intersentia, Cambridge, Antwerp, 2016, pág. 203

IV. APLICACIÓN HORIZONTAL DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR EN LA UE. LA CONSTRUCCIÓN DEL TJUE DESDE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Desde el entrecruzamiento de reglas normativas en la UE, el análisis de las sentencias del TJUE no puede orientarse hacia una visión estática de sus diferentes resoluciones, sino que ha de articularse mediante un estudio transversal de las diferentes áreas del Derecho del Trabajo de la UE para, si es posible, determinar los que pueden considerarse elementos o rasgos sustanciales de la línea de tendencia del TJUE.

Sirve de fundamento al concepto horizontal su propia jurisprudencia sobre la interpretación del concepto a efectos de la LC, en concreto la LCT; engarza con el principio de igualdad, en el ámbito concreto de la igualdad de retribución entre mujeres y hombres; y acaba enlazando con los principios generales del Derecho de la UE y con los derechos contemplados en la CDFUE. Y caracteriza la evolución en los últimos años la traslación del significado otorgado a conceptos, originariamente definidos en torno a la LCT, desde la interpretación de las Directivas sobre política social hacia resoluciones dictadas en el ámbito de la LC, tal y como se aprecia en la definición de uno de los rasgos o elementos de la relación de trabajo, a saber, el concepto de dependencia. De modo que podría afirmarse que el entrecruzamiento entre política social y LC desde la aplicación horizontal tiene un efecto de ida-vuelta: la jurisprudencia sobre LCT penetra en la de política social y posteriormente ésta se traslada a la LCT. Solo una consistente, rigurosa y definitiva articulación permitiría evitar incoherencias jurídicas como las que evidencia la aproximación sistemática que afronta este estudio.

1. LA APROXIMACIÓN

Hasta 2004 la cuestión relativa al estatuto de trabajador en el Derecho de la UE solo operaba en torno a la LCT, que ofrecía un concepto uniforme, extensivo o amplio.

Sin remontarnos a los primeros años (véase al respecto el Asunto C-75/63, Asunto *Hoekstra*), centremos nuestra atención en el Asunto *Lawrie-Blum*, sentencia de 3 de julio de 1986 (Caso C- 66/85) porque el “test Lawrie-Blum” será utilizado recurrentemente en la solución de muchos de los casos planteados posteriormente, siendo reiterada su cita en asuntos propios de la política social. ¿En qué consiste ese test?. Recuérdese que se planteaba la cuestión del modo siguiente:

Si un profesora en período de prácticas (en el caso nacional británica), que, al amparo del estatuto de funcionarios, cubre un servicio preparatorio para la profesión docente en otro país de la UE (en el caso, Alemania), en cuyo transcurso desempeña funciones remuneradas impartiendo cursos, debe considerarse como un trabajador, en el sentido del artículo 48 del Tratado CEE (hoy art.45 TFUE) y, después, si tal servicio preparatorio debe considerarse empleo en una administración pública ..., en la que puede negarse el ingreso a los nacionales de los demás Estados miembros.

Sin entrar ahora en la cuestión relativa a la naturaleza del empleo (público/privado), el TJUE adelantó las que serán señas de identidad en esta materia:

- 1) El fundamento: la libre circulación de los trabajadores es uno de los principios fundamentales de la Comunidad.
- 2) La consecuencia: el concepto de trabajador a estos efectos debe tener una interpretación uniforme, comunitaria y autónoma respecto de la formulada por las legislaciones nacionales.
- 3) La razón: se impide que los Estados Miembros modifiquen a su voluntad el concepto y, en consecuencia, eliminen la protección prevista por el TFUE a estas personas⁴⁴.
- 4) El concepto: se basa en un criterio objetivo de definición de la relación laboral (*employment relationship* en la versión inglesa) en torno a “los derechos y deberes” de

⁴⁴ VERSCHUEREN, H.: “Being Economically Active”, cit., pág.194

los sujetos (obligaciones recíprocas o “mutuality of obligations”, en la orientación doctrinal anglosajona) y se define como la realización por una persona, “*durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración*”. 5) El test-trabajador: gira en torno a los tres criterios acumulativos (dependencia, remuneración y “actividad económica”) que el TJUE considera necesarios para que haya relación laboral.

Tras esta sentencia varias cuestiones quedaban planteadas. En concreto, desde la LC, hasta dónde se han de flexibilizar esos criterios y por tanto hasta dónde extender los contornos de trabajador a estos efectos porque el concepto que ofrece el TJUE, y desarrolla en su jurisprudencia sobre LC, dista de ser claro y preciso. En relación con el concepto de actividad económica y de remuneración, la cuestión enlaza con los supuestos que pudieran describirse como trabajos atípicos en sentido amplio; en relación con la dependencia (trabajo “bajo la dirección” de otra persona), la delimitación de las fronteras entre el trabajador asalariado y el trabajador autónomo a efectos de la comprensión de la libertad de circulación y del derecho de la UE de competencia porque el TJUE no ofrece solución alguna más allá de la clasificación o distinción binaria, trabajador asalariado y trabajador autónomo; éste no se define positivamente sino que se configura solo a “sensu contrario”. Se volverá sobre esta cuestión más adelante.

A partir de 2004, y a raíz de la STJUE de 13 de enero de 2004, Asunto *Allonby* (Caso C-256/01)⁴⁵ se traspaesa esa doctrina al ámbito de la política social propiamente dicha. Son dos al menos las reglas que se incorporan en la definición o significado de trabajador:

1) el Fundamento: la promoción de la igualdad por las instituciones europeas y la configuración del principio de igualdad (igualdad de retribución por razón de sexo⁴⁶) “como uno de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento

⁴⁵ El supuesto: Profesora empleada a TP por un college con contratos anuales sucesivos, con arreglo a los que su retribución, abonada por horas, dependía de número de clases impartidas. Se le propone contratar a través de una agencia y entonces pasa a ser considerada trabajadora por cuenta propia. Realiza un trabajo presumiblemente de igual valor que el que realizan en el mismo centro docente, como trabajadores por cuenta ajena, unos profesores de sexo masculino.

⁴⁶ Debe advertirse de la limitada significación de esta sentencia en el ámbito del derecho a la igualdad y no discriminación en general. Y, en particular, para proteger a los trabajadores vulnerables. Muy cercana

comunitario” y “fundamento de la Comunidad” (párrafo 65), del que deriva el triple significado del término “trabajador a estos efectos”; a saber, autonomía (frente a los Derechos nacionales), uniformidad (en todas las áreas del Derecho Social de la UE, salvo en la de la Seguridad Social) y amplitud o extensión (cobertura amplia o extensa del Derecho del Trabajo de la UE).

2) El concepto y sus elementos: utiliza por analogía el que le ofrece la jurisprudencia sobre LCT (Test *Lawrie-Blum*) y adopta el test-trabajador propio de esos casos, es decir, el integrado por los tres rasgos acumulativos.

3) La extensión o amplitud: “La calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional –dice el TJUE- no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador a efectos del artículo 141 CE, apartado 1, si su independencia sólo es ficticia, disimulando así una relación laboral a efectos del mencionado artículo” (párrafo 71). Se trata, por tanto, de corregir elusiones del concepto y dar cobertura al que se conoce como falso autónomo⁴⁷ (*bogus self-employee o sham contracting*) frente a los que denomina “prestadores de servicios independientes” que, expresa el Tribunal, “no están ligados por un vínculo de subordinación al prestatario de los servicios” (párrafo 68). Lo que, cuando menos, quiere expresar que para el TJUE hay diferencia jurídica entre el trabajador asalariado (concepto en el que se engloba el falso autónomo; extensión correctora, por tanto, del concepto) y el trabajador autónomo o independiente con fundamento en el rasgo de la subordinación. Pero, lo que no quiere decir, que es bien distinto, que no haya que superar la distinción binaria cuando no hay simulación de relación laboral sino constatación de ausencia de subordinación en sentido estricto pero existencia de dependencia económica; lo que, en definitiva, deriva hacia la distinción entre trabajador autónomo/independiente y el que pudiera definirse como económicamente dependiente. Volveremos sobre esta cuestión.

en el tiempo fue la sentencia de 12 de octubre de 2004 (Caso C-313/02), Asunto *Wipel*, en la que en sentido contrario a *Allonby*, y pese al planteamiento de la cuestión prejudicial en relación con Directiva 76/207, que establecía el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, no hace referencia alguna al test de *Allonby*. Lo que ante la ausencia de un enfoque armonizado de la situación de empleo, parece que refuerza la segmentación laboral.

⁴⁷ Sobre este fenómeno acrecentado en la UE en los pasados años de crisis económica y proponiendo una noción armonizada a nivel Europeo del fraude o abuso de derechos sociales, vid. MULLER, F.: “Cross-border Mobility of Bogus Self-Employed Workers: A Lack of Legal Framework Coupled with Protection of Economic Rights”, *ELLJ*, No.5, 2014, pág.307 y ss, en especial, pág.320

De esta sentencia deriva una de las cuestiones que quedó planteada al comienzo del estudio. La definición jurisprudencial exige concretar el significado de los rasgos o elementos que la integran; si cabe, en definitiva, una configuración más o menos flexible a estos efectos. De modo que, en relación con la dependencia, habría que responder si permite integrar en el concepto a relaciones de trabajo que no respondan estrictamente a las de trabajo asalariado típico o estándar; si la remuneración debe ser flexiblemente entendida desde la perspectiva cuantitativa, cualitativa y temporal; si, en fin, la actividad económica, que se define como actividad real y efectiva, permite diferenciar aquella respecto de la que fuera a pequeña escala, marginal o auxiliar.

2. POLÍTICA SOCIAL Y CONCEPTO TRANSVERSAL DE TRABAJADOR

Podríamos avanzar que en la actualidad hay una tendencia del TJUE a ampliar el concepto de trabajador en el contexto de la política social. Ha transitado desde la parcial armonización hacia la búsqueda de la aproximación de las reglas nacionales asumiendo en alguna ocasión un concepto amplio de trabajador conforme a su propia interpretación sobre la LC y sobre el principio de igualdad, como fundamento del Derecho de la UE.

Es cierto que esta progresiva ampliación del ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias en materia de política social tiene sus limitaciones derivadas de la ausencia de un concepto legal europeo en este ámbito concreto y de las inevitables constricciones a que se encuentra avocado el TJUE derivadas de la regulación específica de las diferentes normas de la UE⁴⁸. Aun cuando se pudiera, con una finalidad sistemática de análisis, clasificar las Directivas en función de varios

⁴⁸ Pongamos un ejemplo actual. Sentencia del TJUE de 2 de marzo de 2017 (Asunto C-97/15, *Pérez Retamero*). El órgano jurisdiccional proponente de la cuestión prejudicial plantea que el TJUE defina los conceptos de “trabajador móvil” y “conductor autónomo” que utiliza la Directiva 2002/15 porque a su entender, y debido al régimen de responsabilidades que derivan de esa norma, “deben ser los mismos en todos los EMs”. El TJUE inadmite la cuestión prejudicial porque no puede interpretar la citada Directiva (los conceptos antes indicados) fuera del ámbito de aplicación de la misma dado que el litigio principal es sobre despido y no una cuestión de ordenación del tiempo de trabajo

criterios (material, temporal, finalidad protectora, margen de actuación de los EMs ...) , ninguno de ellos aisladamente proporcionaría el resultado buscado en este estudio porque el TJUE en su avance hacia la configuración del ámbito de aplicación personal de varias áreas del Derecho del Trabajo yuxtapone todas las Directivas y busca un criterio de definición transversal que le permita llegar, cualquiera que sea el mecanismo legal utilizado en cada una de ellas para definir su ámbito personal de aplicación, y cualquiera que sea su materia, a una definición de trabajador en el Derecho del Trabajo de la UE autónoma y parece que con vocación de generalidad.

2.1. *El Punto de Partida*

El punto de partida proviene, desde luego, de aquellas Directivas de los años ochenta y noventa del SXX que o bien no establecen concepto alguno de trabajador o bien remiten expresamente a la definición que establezca la legislación de cada Estado Miembro.

Tal y como se avanzó en el Asunto *Danmols* (sentencia de 11 de julio de 1985, C-105/84, en relación con la Directiva sobre transmisión de empresa), el TJUE mostró entonces cautela en la ampliación del concepto de trabajador cuando, al margen de toda connotación del principio de igualdad, tuvo que interpretar las normas de armonización parcial sobre condiciones de empleo y de trabajo. La doctrina del Asunto *Danmols*, sobre la premisa de esa armonización limitada, se mantuvo con ligeras variaciones en asuntos posteriores y puede utilizarse como punto de partida para fijar posteriormente los cambios. Se decía en aquella resolución (y se recuerda en otra posterior, por ejemplo STJUE de 10 de diciembre de 1998, Asunto C-247/96), en relación con la transmisión de empresas que la entonces Directiva 77/187 *se aplica a toda persona protegida como trabajador por la normativa laboral nacional*.⁴⁹

⁴⁹ Véanse posteriormente SSTJUE de 14 de septiembre de 2000 (Asunto C-343-98, *Collino y Chiapero* párrafos 36-41) y 6 de septiembre de 2011 (Caso C-108/10, Asunto *Scattolon*, párrafo 39), relativa a la asunción de una Administración Pública del personal encargado de servicios auxiliares que trabajaba para otro organismo de igual carácter, discutiéndose si hay obligación de aquélla de subrogarse y de respetar las condiciones laborales. En ella el TJUE expresa que “únicamente pueden invocar la aplicación de esa normativa las personas que, en el Estado miembro de que se trate, estén protegidas, como trabajadores, con arreglo a la legislación nacional en materia de Derecho del trabajo”.

Si ello fuera así, podría concluirse que la legislación nacional determina no sólo el ámbito de aplicación de su propia legislación sino también el ámbito personal de aplicación de la Directiva concreta. Pero inmediatamente surge la cuestión siguiente, si estas Directivas, como la relativa a la sucesión o transmisión de empresas (actual Directiva 2001/23) –que expresa, en su versión española, “no afectará a la legislación nacional en lo que concierne a la definición de contrato de trabajo o de relación laboral”-, o la de Despidos Colectivos –Directiva 98- (que nada indica sobre el concepto de trabajador ni reenvía a las legislaciones nacionales al respecto), deben ser entendidas como *ius dispositivum*, de modo que no imponen restricción alguna a los Estados Miembros en su definición nacional de trabajador o, por el contrario, hay algún límite impuesto a las legislaciones nacionales en la configuración de ese concepto.

A veces, como ocurre con la Directiva sobre Transmisión de empresas o la de Insolvencia (Directiva 80/987, modificada por la Directiva 2002/74 y codificada por la Directiva 2008/94), el reenvío a la legislación nacional (bajo la expresión “no afectará al Derecho nacional en la definición de trabajador”) se acompaña de alguna prohibición en relación a la posible exclusión de determinadas categorías de trabajadores. La Directiva sobre transmisión de empresas dispone que se prohíbe la exclusión de trabajadores a tiempo parcial (TTP), trabajadores con contrato de duración determinada (TT) o trabajadores contratados por agencias temporales o ETT, por tanto aquellos trabajadores que en sentido amplio de la expresión pueden entenderse como integrantes de la categoría “trabajo atípico” o “trabajo no estándar”. O, en sentido positivo limitado, la Directiva sobre insolvencia que permite excluir, a título excepcional y por razones justificadas, determinadas categorías de trabajadores asalariados en razón de la existencia de otras formas de garantía pero prohíbe excluir a TTP, a TT y trabajadores de ETT.

Desde esta perspectiva, podríamos avanzar que se impone una libertad condicionada a los Estados Miembros, en el sentido de que si bien esas Directivas (como normas de la UE de contenido flexible y armonización parcial) no interfieren en la definición de contrato de trabajo o de relación laboral (lo que, indirectamente parece

querer decir que el término trabajador se refiere a trabajador asalariado⁵⁰ o “employee” en terminología inglesa; volveremos sobre esta cuestión) e impone unas mínimas reglas sobre limitación de exclusiones (lo que quiere decir que se trata de categorías de trabajadores que podrían encajar en el término de formas no estándar o típicas de trabajo), permite que la legislación laboral nacional (como manifestación de su especificidad propia en este ámbito) opte por un concepto (¿incluso restrictivo?) de trabajador. Sería entonces el reverso del principio de atribución de competencias de la UE (art.7 TFUE), en el caso, compartidas de conformidad con lo previsto en los artículos 2.2 y 153 TFUE, y su efectivo ejercicio presidido por los principios de subsidiariedad (posibilidad) y proporcionalidad (naturaleza de la intervención).

2.2. Interpretación finalista como límite a la definición nacional. Primera aproximación.

Al interrogante formulado (extensión del concepto nacional), la respuesta que avanza el TJUE en sus sentencias posteriores es negativa, limitando a las legislaciones nacionales y estableciendo una restricción en un doble sentido, genérico y específico.

La limitación genérica es la que deriva del permanente recurso al “efecto útil” o “plena eficacia” o “efectividad” de la normativa de la UE de modo que, expresa el TJUE, “cuando una disposición comunitaria se remite a las legislaciones y prácticas nacionales, los Estados miembros no podrán adoptar medidas que puedan comprometer el *efecto útil* de la normativa comunitaria en la que dicha disposición se integra” (Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2007, Caso C-385/05, Asunto *CGT*, en la que se analizan la Directiva sobre despidos colectivos, 98/59 y la Directiva sobre información y consulta, 2002/14, párrafo 35). Expresión ésta, la de efecto útil,

⁵⁰ Expresamente refiere a “trabajador asalariado” (*employee*) - no sin más a trabajador- la Directiva sobre insolvencia (arts.1º.1 y 2º.2), aplicable, expresa, a “los créditos en favor de los trabajadores asalariados, derivados de *contratos de trabajo o de relaciones laborales*”. Sobre el significado de estas expresiones, contrato de trabajo y relaciones laborales, véase apartados posteriores de este estudio.

utilizada recurrentemente por el TJUE⁵¹ que tiene un claro componente “funcional” o finalista que, aplicable a las Directivas sobre política social, remite al objetivo de estas normas tal y como se planteó más arriba, a saber, destacando con carácter prioritario el servir de garantía y protección a los trabajadores con el objetivo de establecer una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Unión Europea.

De ahí, a la cuestión derivada: ¿Qué efecto tiene la “plena eficacia” de las normas de la UE en la definición europea del concepto de trabajador?; ¿Hasta qué punto en relación con la jurisprudencia del TJUE en tono a la eficacia de las Directivas hay una tendencia hacia una progresiva ampliación de las posibilidades aplicativas de éstas en la configuración de ese concepto?. ¿El efecto útil del párrafo tercero del art.288 TFUE (“La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”) debe entenderse en el sentido de que el legislador de la UE no ha renunciado a determinar por sí mismo el alcance de ese concepto, lo que equivaldría a considerarlo parte del “resultado” que deba conseguirse y, por tanto, como rasgo de armonización propio de las Directivas en la definición comunitaria del ámbito de aplicación, *ratione materiae* y *ratione personae*, de esas normas de la UE?.

Podría entenderse, como primera aproximación, que los Estados Miembros no pueden adoptar un concepto de trabajador restrictivo o, de otra forma expresado, que no pueden limitar el ámbito de aplicación de las normas comunitarias restringiendo el concepto de trabajador a estos efectos y desplazando del mismo a quienes cupiera incluir en tal concepto en virtud del Derecho nacional ni establecer exclusiones de determinadas categorías de trabajadores sin razón justificada.

Pongamos un ejemplo que permita enlazar el reenvío de algunas Directivas a la definición nacional de trabajador con el objetivo o finalidad de las mismas y su interpretación por el TJUE. Desde esta perspectiva -la de la denominada por el TJUE

⁵¹ La referencia se encuentra en numerosas sentencias analizadas en este estudio. Véanse, entre otras, Asunto *Balkaya* (párrafo 33), Asunto *Bietribsrat der Ruhrlandklinik* (párrafo 36)

“finalidad social” de las Directivas, como límite negativo a la competencia de los Estados Miembros (lo que no pueden hacer; vertiente de contención del principio de cooperación leal⁵²)- extiende este canon de interpretación a cuestiones *ratione personae*. En este sentido, se ha planteado si la legislación nacional puede excluir del ámbito de aplicación personal de una Directiva a un extranjero extracomunitario en situación de residencia irregular en el país de la UE pero que, con respecto al Derecho Nacional, tuviera la consideración de trabajador asalariado con derecho a una remuneración por el trabajo efectuado. Es el caso de la sentencia de 5 de noviembre de 2014, Caso C-311/13, Asunto *Tünmer*, en relación con la Directiva sobre Insolvencia, en la que el TJUE (en especial párrafos 42-45) expresa que “los Estados Miembros no pueden definir libremente el término trabajador asalariado de manera que se ponga en peligro la finalidad de dicha Directiva”.

Aun cuando no pueda realizarse ahora una valoración concreta y detenida de esta sentencia, y de sus implicaciones, conviene advertir de su proyección en la calificación jurídica de la relación de trabajo de un inmigrante ilegal, en especial, cuando queda constatado que en el país concreto su prestación de servicios (la relación fáctica de trabajo) se desarrolla por cuenta ajena, bajo la dirección de otra persona y con derecho a remuneración; y de su posible doble lectura, desde la política social y la política de inmigración (de nuevo, por tanto, el entrecruzamiento de materias relacionadas con el trabajo). Desde aquélla, política social, es evidente, atendiendo a la finalidad social de la Directiva, que el TJUE está admitiendo en este caso, una concepción territorialista del mercado laboral y no una concepción personalista; de modo que la cuestión relativa a la regularidad o no de la residencia, el carácter regular o irregular del trabajo, no es una cuestión de definición del trabajo asalariado, que, conforme a la Directiva, se deja a los Estados Miembros⁵³. De otra forma expresado, si

⁵² De conformidad con el art.4.3 TUE, como bien ha expresado la doctrina, “en relación con los Estados Miembros, estamos pues, ante un principio que presenta dos claras vertientes, de acción (“adoptarán todas las medidas generales o particulares...”) y de contención (“se abstendrán de toda medida...”) y múltiples terrenos en los que desplegar su condición de “comodín”....”; ALONSO GARCÍA, R. : *Sistema Jurídico de la UE*, 3ª edic., Thomson Reuters, 2012, pág.113.

⁵³ ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Trabajadores extranjeros en situación irregular e instituciones de garantía salarial”, *Revista La Ley, Unión Europea*, núm.22, 2015, pág. 51; sobre esta sentencia, también, VALENCIANO SAL, A.: “Efectos de la sentencia TJUE (Asunto C-311/13) sobre la percepción de prestaciones en caso de insolvencia empresarial”, *RGDTSS*, núm.40, 2015, que, equivocadamente a

bien la Directiva impone unos límites a la definición de trabajador asalariado a efectos de su aplicación (la que aludimos como libertad condicionada de los Estados Miembros) que nada tienen que ver con el carácter regular o irregular del trabajo, la finalidad social de la Directiva exige que la exclusión de ciertas relaciones de trabajo de las que surge un derecho frente al empresario sea objeto de un escrutinio estricto. Desde la política de inmigración elude cualquier referencia a la igualdad de trato (y protección equivalente) y, en definitiva, elude responder a la cuestión de si el inmigrante irregular debe gozar del mismo estatuto jurídico “laboral” respecto del inmigrante que se encuentra en situación legal. O de cómo afecta esa situación de ilegalidad a su laboralidad⁵⁴ porque, es obvio, hay diferencia entre el derecho a trabajar y el derecho a la protección de una prestación de servicios realmente realizada, que en países de la UE, como España, se ha solventado a través de una lógica tuitiva de los derechos laborales de los extranjeros en situación irregular⁵⁵.

2.3. Elementos del concepto jurisprudencial de trabajador

Más allá de esa primera aproximación, la del *efecto útil* de las Directivas y su proyección en la definición nacional limitada del concepto de trabajador, el TJUE da un paso decidido hacia el concepto europeo de trabajador, de modo que éste va progresivamente apareciendo como uno de los rasgos sustanciales del “resultado” de

nuestro juicio, sostiene que el TJUE considera a los trabajadores de un tercer país que residen como ilegales como verdaderos trabajadores stricto sensu (pág.391).

⁵⁴ Cuestiones que quedan abiertas en la legislación de la UE tras la Directiva 2009/52, sobre empleo ilegal de trabajadores extranjeros, a la que el TJUE no pudo referirse en esta ocasión.

⁵⁵ MONTOYA MELGAR, A.: *El empleo ilegal de inmigrantes*, Editorial Civitas, 2007, pág.110 y 111. . El TJUE se alinea con nuestros Tribunales porque el término trabajador, expresa, “se refiere necesariamente a una relación de trabajo que hace surgir un derecho frente al empresario consistente en exigir una remuneración por el trabajo efectuado” (párrafo 44). De modo que la norma nacional que define así al trabajador asalariado no puede excluir de la protección de trabajadores en caso de insolvencia a un nacional de un país tercero en razón a la ilegalidad de su residencia, cuando este nacional de un tercer país, en virtud de las disposiciones del Derecho civil de ese Estado Miembro, tiene la consideración de trabajador asalariado con derecho a la remuneración (párrafo 46). Véase también ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Extranjería y Trabajo*; Civitas, 2011, págs..174 y ss y 186 y ss.

esas normas. Pese al reconocimiento formal de la competencia de los Estados Miembros (lo que de modo recurrente se aprecia en pasajes de las sentencias), se afirma sin ambages la competencia de la UE. De este modo, no solo se trata de imponer una libertad condicionada a los Estados Miembros o prohibir restricciones excesivas al concepto nacional, sino que se reconoce la competencia del “legislador de la Unión para determinar por sí mismo el alcance de ese concepto” en el sentido de las Directivas sobre política social. A partir de entonces habría que entender que hay dos conceptos de trabajador, que se simultanean, el concepto nacional y el concepto europeo; concepto europeo que, en aplicación del *efecto útil* de las Directivas, se impone cuando en el caso concreto se aprecia que el concepto nacional de trabajador limita de manera excesiva e injustificada el ámbito de aplicación de aquella, excluyendo a determinadas categorías de personas de la protección que persiguen esas normas (Asunto *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, párrafos 31, 32, 36, 37)

Desde esta perspectiva, como límite específico, el TJUE avanza hacia un concepto autónomo de trabajador en el Derecho de la UE, abandonando la que se ha calificado como “*Danmols ortodoxy*”⁵⁶. Exigiendo del Alto Tribunal una primera operación conceptual, la de configuración de la cupiera entender como transversalidad horizontal interpretativa de las Directivas en el ámbito de la política social con independencia de la que sea la definición formal legal para determinar su ámbito de aplicación personal (fruto muchas veces de un consenso difícil entre los Estados Miembros). De ahí las remisiones continuas de unas sentencias a otras aunque el supuesto concreto analizado en las cuestiones prejudiciales o recursos planteados encaje en áreas materiales diferentes; no solo a las que, como las de despido colectivo, no proporcionan un concepto de trabajador ni remiten al propuesto por las legislaciones nacionales, sino también a aquellas otras que establecen un concepto aunque sea vago e indeterminado, y se utilice en ellas términos no exactamente coincidentes en su significado, tales como “trabajador asalariado”, “trabajador por cuenta ajena”, “contrato de trabajo”, “relación de trabajo”, “legislación laboral” u otros más asépticos, como “trabajador” y “legislación nacional”.

⁵⁶ COUNTOURIS, N.: “An Autonomous EU definition of “Worker”-Pitfalls and Opportunities for the European Labour Movement”, ETUC 4 dec.2015

Partamos de las Directivas que no establecen concepto ni remiten a la legislación nacional a estos efectos, con proyección inmediata, como veremos, a otras materias laborales, y pongamos como ejemplo la normativa comunitaria sobre Despidos Colectivos. A este respecto son significativos los asuntos *Comisión contra Italia* (Caso C-32/02), *Comisión contra Italia* (Caso C-596/12⁵⁷), en relación con la exclusión de los directivos de la protección ofrecida por la Directiva sobre despidos colectivos. Y los más actuales, STJUE de 9 de julio de 2015, Asunto *Balkaya* (Caso C -224/14) –en relación con la exclusión de miembros del consejo de administración y de personas que realizan una actividad práctica en una empresa para adquirir conocimientos o profundizar en ellos o para seguir una actividad profesional, sin que reciba una retribución del empresario, pero sí una ayuda económica por parte de organismo público-; o el Asunto *Pujante Rivera* (Caso C-422/14, de 11 de noviembre de 2015) relativo trabajadores con un contrato de duración determinada o para una tarea determinada.

Abstracción hecha de los supuestos concretos, fijan los tres elementos que, atraídos desde la LCT, se reproducen ahora en política social para configurar el concepto “comunitario” de trabajador en cualesquiera materias relativas a las condiciones de trabajo en la UE:

1. Autonomía: El concepto de trabajador no puede definirse mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros. ¿Por qué?. Porque, expresa el TJUE, estaría a su disposición el Derecho comunitario, “lo que permitiría a éstos alterar el ámbito de aplicación de la citada Directiva y privarla de su plena eficacia” (Asunto *Ballkaya*, párrafo 33). Lo que posteriormente afirma de forma más contundente: “limitar el concepto de trabajador ... a la personas incluidas en ese concepto en virtud del Derecho nacional ... podría poner en peligro la consecución de los objetivos de la Directiva y por ende, menoscabar el efecto útil al limitar de manera excesiva e injustificada su ámbito de aplicación” (Asunto *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, párrafo 36).

⁵⁷ Sobre el efecto de esta sentencia en el ordenamiento jurídico italiano, en concreto en relación con la definición legal en el ordenamiento italiano del “dirigente” como trabajador subordinado a efectos de despido colectivo en cumplimiento de la sentencia del TJUE dictada en recurso por incumplimiento, véase BIASI, M.: *Brevi riflessioni sulla categoria dirigenziale all'indomani del Jobs Act*; WP CSDLE “Massimo D'Antona”. IT-303/2016

2. Uniformidad: El concepto debe interpretarse de manera uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión. ¿Por qué?: porque es garantía de protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes EMs (Asunto *Balkaya*, párrafos 32, 33 y 44).
3. Objetividad y extensión del concepto y, en consecuencia, reiteración del test *Lawrie-Blum* (Asunto *Comisión/Italia*, C-596/12, apartado 17, y Asunto *Balkaya*, apartado 34).

Estos tres elementos juegan inexorablemente para también aplicarlos a otras materias, como la relativa a la seguridad y salud en el trabajo, en las que las normas expresan, a diferencia de las de despido colectivo, y al menos formalmente, un concepto específico de trabajador a esos efectos. Recuérdese que la Directiva 89/391, de 12 de junio de 1989, define “trabajador” como *cualquier persona empleada por un empresario* (incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar); y define *empresario como cualquier persona física o jurídica que sea titular de la relación laboral con el trabajador* y tenga la responsabilidad de la empresa y / o establecimiento. A ella remite la Directiva 92/85/CE sobre medidas de seguridad y salud de la mujer trabajadora embarazada, que ha dado a luz o que está en período de lactancia⁵⁸. Desde esta perspectiva, en la sentencia de 20 de septiembre de 2007, Caso C-116/06, Asunto *Kiiski*, se expresa que la invocación de derechos inherentes al permiso de maternidad exige que la persona esté incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/85 y a estos efectos, (párrafos 25 y 26) reitera las notas 1., 2. y 3. *supra*; confirma la seña de identidad del concepto, a saber, el traspaso por analogía de su significado en el ámbito de la LCT; y el carácter

⁵⁸ También remite a ella la Directiva sobre tiempo de trabajo (Directiva 2003/88 de 4 de noviembre de 2003) porque se trata de avanzar en la protección de la seguridad y salud en el trabajo, en este caso, en relación al enfoque de tiempo de trabajo. En la sentencia de 14 de octubre de 2010 (Caso C-428/09, Asunto *Union Syndicale Solidaires Isère*) se dice: ...”debe recordarse que, aunque el concepto de «trabajador» se define en el artículo 3, letra a), de la Directiva 89/391 como cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar, la Directiva 2003/88 no contiene ninguna remisión a esa disposición de la Directiva 89/391, ni a la definición del concepto de trabajador según resulta de las legislaciones y/o las prácticas nacionales”. Teniendo en cuenta esta consideración, reproduce los rasgos o elementos que hemos enumerado en el texto como 1., 2. y 3., con cita expresa de nuevo del Asunto *Lawrie-Blum*.

amplio o extensivo del concepto se explica del modo siguiente: la “naturaleza *sui generis* de la relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho Comunitario”.

¿Qué quiere expresar el TJUE más allá de lo que parece haber quedado claro en las sentencias anteriores, a saber, que un trabajador independiente queda extramuros del concepto comunitario de trabajador a estos efectos y que, por el contrario, el falso o ficticio autónomo queda integrado en dicho concepto- Asunto *Allonby*?⁵⁹.

La expresión “naturaleza *sui generis*” de la relación laboral es vaga e indeterminada y, como veremos, puede dar lugar a múltiples lecturas. Refirámonos ahora a un supuesto extremo si analizado desde la perspectiva de la legislación nacional española; a saber, miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital (piénsese, por ejemplo, en el caso de Administrador único, mancomunado o solidario, o consejero-delegado de una Sociedad de Capital en España). Aparece esa expresión en el Asunto *Danosa* (Sentencia de 11 de noviembre de 2010, C-232/09), que reproduce los aspectos mencionados más arriba 1), 2) y 3) y reitera la traslación al caso concreto del concepto utilizado en materia de LCT, completando los anteriores rasgos o elementos jurisprudenciales de la configuración de trabajador con los siguientes (complementarios), que enumeramos como 4 y 5:

4. Se precisa (en relación con la definición legal nacional de la prestación de servicios de un miembro de consejo de dirección de una empresa) que, sea o tenga allí (en el Derecho nacional) “naturaleza jurídica *sui generis*” -¿podiera ser entendido tal vez como relación laboral especial?- o quede excluido de la relación laboral y se considere a efectos nacionales como “trabajador autónomo” (párrafo 41 de la sentencia) -tal y como pudiera derivarse del art.1.3c) del ET español y Ley 20/2007, LETA-, “no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión”. Si se

⁵⁹ Esta expresión, “naturaleza *sui generis*”, es recurrentemente utilizada por el TJUE. Más allá de la que se expresa en el texto en relación con la prestación de servicios de un administrador de sociedad de capital, se menciona en otras ocasiones para calificar determinadas prestaciones de servicios que no encajan en la situación normal o habitual o estándar de la relación laboral. Así, por ejemplo, cuando se trata de precisar el significado a estos efectos de los *trabajos de inserción*. Véase *infra*, apartado 2.4.b).

cumplen los elementos del concepto *Lawrie-Blum* (al que remite el Asunto *Danosa*), “la naturaleza del vínculo jurídico que la une a la otra parte de la relación laboral no es pertinente para la aplicación de la Directiva 92/85” (párrafo 40).

Distorsiona la cita (párrafo 41 del Asunto *Danosa*) a estos efectos del Asunto *Allonby* en el argumento de ésta sobre elusión del concepto de trabajador en aquel caso que, como se recuerda, trataba de una trabajadora cuya independencia era o se calificaba como “ficticia”; mientras que en el asunto *Danosa* (tal y como ocurre en el ordenamiento laboral español), no hay un concepto elusivo sino una opción legal interna de exclusión (¿constitutiva o declarativa?) de los “Administradores” del vínculo contractual laboral. En definitiva, no es jurídicamente correcto calificar la configuración legal nacional como elusiva; al menos si apreciada desde la legislación española. Al margen de esa observación y desde la configuración legal por los ordenamientos nacionales, se advierten puntos de fricción entre el Derecho de la UE y el Derecho del Trabajo de los Estados Miembros, en concreto el español, que exigirá una solución de futuro para fijar con precisión si la prestación de servicios por quienes son o forman parte del órgano de Administración de personas jurídicas son (con carácter pleno o parcial) trabajadores en sentido comunitario y a ellos deben extenderse (total o limitadamente) ciertos derechos laborales⁶⁰. De nuevo, y como avanzamos, el Derecho de la UE debería fijar con precisión un concepto propio y positivo de trabajador autónomo porque, de lo contrario, el efecto útil de las Directivas (generador de obligaciones con consecuencias jurídicas para los EMs) queda condicionado por el de su eficacia directa interpretativa en el marco de litigios entre particulares. Si el principio de interpretación conforme tiene un límite, a saber, que los Tribunales nacionales no pueden aplicar la norma comunitaria cuando ello implique

⁶⁰ Téngase en cuenta a efectos de la configuración del que podríamos denominar estatuto jurídico del Administrador en la UE que deben analizarse conjuntamente los Asuntos, *Danosa*, *Balkaya* y *Holterman Ferho y otros*, Caso C-47/14, sentencia de 10 de septiembre de 2015, sobre competencia judicial e interpretación del concepto de trabajador a efectos del art.18 del Reglamento 44/2011, que remite a los Asuntos anteriores y por supuesto a *Lawrie-Blum*.

Desde esta perspectiva, la sentencia *Balkaya* evita, acertadamente, cualquier consideración elusiva del concepto nacional. Acepta que el contrato de administrador no constituya, según la jurisprudencia nacional, un contrato de trabajo. Pero confirma la apreciación del Asunto *Danosa* en el sentido de que, pese a esa calificación nacional, “de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que la naturaleza de la relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión” (párrafo 35).

una aplicación *contra legem* del Derecho nacional, ¿Podrían los jueces y tribunales españoles estimar que, en aplicación de la doctrina del TJUE, un Administrador ha de ser considerado trabajador cuando la legislación laboral les excluye expresamente de la relación laboral aun cuando pueda interpretarse que la exclusión es constitutiva?. Dicho de otra forma, y con carácter general, ¿el concepto europeo de trabajador, prius lógico del ámbito de aplicación de cualesquiera Directiva, pudiera entenderse integrado en el “resultado” de las normas comunitarias para obligar al juez nacional a apartar el concepto nacional para dar entrada al comunitario?.

5. La referencia a la naturaleza *sui generis* del trabajo desde la perspectiva del Derecho nacional concreto (o en su caso también a la calificación “formal” o “ficticia” o “elusiva” como autónomo) requiere precisar el rasgo o elemento sustancial que define quién sea trabajador o qué sea relación laboral a efectos de aplicación de Derecho del Trabajo de la UE. No elude el TJUE que sea la dependencia/subordinación.

De este modo, ante la ausencia de definición legal a nivel de la UE, es un criterio jurisprudencial que permite responder a dos cuestiones relacionadas, una la relativa a su significado (y a los factores, tests o indicios de los que deriva) en la relación laboral y otra (inversa y complementaria) la relativa al grado de independencia en la prestación de servicios para derivar la ausencia de relación laboral. Es así como, comparando la actividad jurisdiccional del TJUE con la de los Tribunales nacionales especializados en materia social (en particular, los españoles) resulta que la indeterminación jurídica del concepto requiere de la acreditación de criterios e indicios que denoten en el supuesto concreto la existencia de dependencia como elemento o rasgo del concepto de trabajador. Abstrayéndonos del caso concreto del Asunto *Danosa*, baste indicar ahora que el TJUE estima que la dependencia (él habla de subordinación) es un criterio que debe apreciarse en cada caso concreto, en función de un conjunto de hechos y de circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes (párrafo 46 de la sentencia), atendiendo “a las condiciones en las que ... fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de

que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido” (párrafo 47).

Volveremos inmediatamente sobre ello; solo aquí una cuestión añadida (y varias derivadas) que surgen de la jurisprudencia del TJUE. El concepto objetivo de dependencia ¿requiere también de criterios o indicios comunes que hayan de asumir los Tribunales nacionales?; ¿Están condicionados éstos por los criterios o indicios “comunitarios”? ¿Cómo aplicar esos criterios o indicios cuando el legislador nacional puede haberlos normativizado y, en consecuencia, dejar estrecho margen para la interpretación judicial –caso español, TRADE?; ¿Cómo aplicar esos criterios cuando el legislador nacional incluye una lista de presunciones legales para incluir como trabajadores dependientes a diferentes tipos de trabajadores o relaciones de trabajo – tal y como ocurre en el ordenamiento francés?.

El TJUE inicialmente ha afirmado que corresponde a los jueces y tribunales nacionales determinar si conforme a su legislación se dan esos hechos y circunstancias, pero posteriormente prescribe que “corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si concurren en el caso de autos tales requisitos...(es decir, los requisitos establecidos por el TJUE; Asunto *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, párrafo 43).

Es así como el TJUE se autolegitima para indicar al tribunal remitente algunos principios y criterios que éste deberá tener en cuenta en su examen” (sentencia *O’Brien*, párrafo 43). Y pudiera entenderse que es un mecanismo para afianzar la norma común europea para todos los Estados Miembros también en la fase aplicativa; el órgano jurisdiccional nacional debe resolver el litigio que originó la cuestión prejudicial a la luz de la aclaración de la interpretación o validez del Derecho europeo por el TJUE⁶¹, que marca las pautas comunes. La cuestión abierta, como apuntamos más arriba en relación con el principio de interpretación conforme y sus límites, es si es posible que los Tribunales nacionales apliquen el concepto de trabajador comunitario aún alterando para ello ya no los métodos nacionales de interpretación a la búsqueda de una interpretación conforme con las normas comunitarias, sino alterando la norma nacional cuando es irreconciliable con la Directiva. ¿pueden los tribunales nacionales

⁶¹ ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico* Cit., pág.189

utilizar los criterios que le indica el TJUE para determinar que en el caso concreto hay dependencia y, en consecuencia, la persona ha de ser considerada trabajadora a efectos de aplicación de la Directiva concreta que se trate cuando según la norma legal nacional ha de entenderse excluida del concepto nacional de trabajador?. Es ésta una cuestión que dista de estar resuelta de forma clara y contundente por el TJUE y pone en entredicho principios básicos del Derecho⁶². Veamos qué indicios de dependencia utiliza el TJUE para comprobar si son en todo caso conciliables con los que pudieran utilizar los Tribunales nacionales.

2.4. Los criterios o rasgos del concepto: dependencia, remuneración y actividad económica

Volvamos al Test- Lawrie-Blum. Recuérdense que se define la relación laboral como “la realización por una persona, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, de ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración”.

Concepto que gira en torno a tres criterios, que según expresamos más arriba, se conciben como acumulativos y su análisis completo requeriría de un estudio exhaustivo sobre la jurisprudencia del TJUE en materia de libre circulación y competencia. Esos tres criterios son: actividad económica, dependencia y remuneración.

a) La Dependencia y su graduación

⁶² De forma diversa a los Asuntos citados en el texto el TJUE resuelve en otros en los que se aprecia un impacto más medido del principio de interpretación conforme en los ordenamientos internos. Puede citarse como ejemplo la STJUE de 26 de marzo de 2015, C-316/13, Asunto *Fenoll*, en la que el TJUE expresa (párrafo 48): “Acerca de la posibilidad de referencia al artículo 7 de la Directiva 2003/88, que prevé precisamente el derecho a vacaciones anuales retribuidas, de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que, si no es posible una interpretación del Derecho nacional conforme con esa Directiva —lo que corresponde comprobar al tribunal remitente— el artículo 7 de ésta no puede ser invocado en un litigio entre particulares como el asunto principal para garantizar el pleno efecto del derecho a vacaciones anuales retribuidas y dejar inaplicada toda disposición nacional contraria. Por otro lado, en esa situación la parte perjudicada por la falta de conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá invocar, no obstante, la jurisprudencia derivada de la sentencia Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428) para obtener, en su caso, reparación del daño sufrido (véase la sentencia Domínguez, C-282/10, EU:C:2012:33, apartado 43).

El Test *Lawrie-Blum* expresa que la persona ha de realizar su trabajo “bajo la dirección de otra ...” para que pueda ser considerada trabajadora desde el Derecho de la UE. Es una expresión que recuerda a la española (art.1.º.1 ET, “bajo la organización y dirección de otra persona....”) y similar a la de otros ordenamientos jurídicos, que refieren a “control” (trabajar bajo el control del empresario), “integración” (técnica y funcional del trabajador en la estructura organizacional y productiva de la empresa), “subordinación” (siguiendo las órdenes y directrices del empresario)⁶³.

¿Cuál es el modelo jurisprudencial de “subordinación/dependencia” que utiliza el TJUE?. “Bajo la dirección” ¿encierra un concepto estricto de dependencia equivalente al criterio de trabajar bajo la dirección, autoridad, supervisión o control del empresario o estar sometido a su poder o, en fin, estar bajo las órdenes e instrucciones; o, por el contrario el término “dirección” refiere a un concepto flexible de subordinación orientado más hacia la dirección económica?. Aun cuando no haya consenso en la doctrina sobre si el TJUE opta por un concepto estricto o flexible de dependencia, si se refiere conjuntamente a una subordinación personal y económica⁶⁴ o, por el contrario, admite que haya una subordinación atenuada (equivalente solo a dirección orientada al terreno de la dependencia económica), y teniendo en cuenta que la respuesta exigiría un estudio más detenido de esta cuestión, baste apuntar que en el ámbito de la política social el TJUE parece haber optado por un criterio flexible, según se desprende de algunos de los casos resueltos, entre ellos Asuntos *Danosa* y *Balkaya*, que deben ponerse en relación con otros en los que plantea de forma más directa la distinción entre trabajador dependiente y trabajador autónomo. ¿Por qué puede haber dependencia en el trabajo realizado por quienes desempeñan actividades de dirección y organización en una empresa como miembros de los órganos de dirección y administración?. Porque, se apuntaba por el TJUE en los asuntos citados, si bien esa persona “disponía de un margen de apreciación en el ejercicio de sus funciones, tenía que rendir cuentas de su gestión al consejo de control y colaborar con éste”, (Asunto *Danosa*, párrafo 49); lo que quiere decir que, aun cuando la persona tenga un alto

⁶³ Un estudio comparado de varios países de la UE, entre ellos España, en ROSIORU, F.: “The changing concept of subordination”, 2013, <http://adapt.it/adapt-indice-a-z/f-rosioru-changing-concept-subordination/> (última visita marzo 2017); también DAVIDOV, G., FREEDLAND, M and COUNTOURIS, N: “The Subjects of Labour Law...”, cit., pág.5 y ss.

⁶⁴ En este sentido, por ejemplo, KENNER, J.: “New Frontiers in...”, cit., pág.291

grado de control sobre su tiempo y forma de trabajo, incluso sobre el modo en que se ejercen esas funciones, aun cuando no tenga que seguir las instrucciones diarias del empresario...será considerada trabajadora desde la perspectiva del Derecho de la UE si presta servicios a cambio de una remuneración y hay algunas o ciertas orientaciones o indicaciones por parte del órgano de gobierno societario.

Trascendiendo del supuesto de Administradores (que tal vez sea uno de los más polémicos en cuanto a la utilización de criterios que se apuntan vagos e indeterminados para determinar la dependencia/independencia), recuérdese que *Allonby* encajó en el concepto de trabajador a quienes tienen una “independencia ficticia” y, por el contrario, mantuvo al margen de la relación laboral a los que denominó prestadores independientes (o autónomos) de servicios. Lo que exige preguntarse: ¿Qué diferencia jurídica hay entre el trabajador dependiente y el trabajador autónomo o independiente, que, según el TJUE no “está ligado por un vínculo de subordinación”? ¿Qué concepto de subordinación maneja el TJUE?. ¿El de subordinación entendida como estar bajo el control de un empresario; o el de dependencia de un específico empresario para cubrir la necesidad económica? ¿O ambos, según los casos?.

Es cierto que el TJUE utiliza el criterio indiciario (derivado del carácter objetivo en torno a los hechos y circunstancias del caso concreto, según se dijo supra) para confirmar si la subordinación/dependencia (que a estos efectos se utilizan como sinónimos) existe en los supuestos planteados; se orienta, parece, sin expresarlo formalmente, en la Recomendación núm.198 de la OIT cuando afirma que “estar bajo la dirección” deriva:

“o bien de que actúe siempre bajo la dirección del empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo (Asunto *Allonby*, párrafo 72);

o “de que no participe en los riesgos comerciales de dicho empresario ...”;

o “de que esté integrado en la empresa durante el período de la relación laboral y, de este modo, forme con ella una unidad económica...” (STJUE de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, Asunto *FNV*)

Este criterio indiciario, que permite introducir flexibilidad en el concepto de subordinación/dependencia, no resuelve una cuestión posterior, la relativa a la posibilidad de introducir una categoría intermedia entre trabajador dependiente/trabajador autónomo, con base o fundamento en la noción de cuasi-subordinación o dependencia económica que permitiera ir más allá de la clasificación de la relación de prestación de servicios entre relación laboral subordinada y relación independiente.

Tal vez el argumento de cierre, la consideración de que haya satisfacción de una remuneración por el empresario, podría conducir a que se aceptara el concepto de dependencia económica y se respondiera a la cuestión relativa a si en caso de que un trabajo no se realice bajo la dirección y control de otro en sentido estricto o cuando hay flexibilidad y cierta autonomía en la organización del propio trabajo, pero hay dependencia económica, el trabajador debe entenderse incluido, con todas las garantías o derechos laborales, en el concepto comunitario de trabajador (equivalente a trabajador asalariado). O, en otro sentido, si merecería un tratamiento autónomo que permitiera establecer en el Derecho del Trabajo de la UE una frontera clara y precisa entre éstos, los que podríamos denominar trabajadores económicamente dependientes, los falsos autónomos y los trabajadores autónomos o independientes propiamente dichos⁶⁵.

Parece que para el TJUE un trabajador o es un trabajador subordinado/dependiente o es un trabajador autónomo⁶⁶; y no contempla la categoría intermedia de trabajadores económicamente dependientes o *dependent contractors*.

⁶⁵ Véase, al respecto, ROUSORIU, F. : “Legal acknowledgment of the category of Economically Dependent Worker”, *ELLJ*, Vol.5, No.3-4, 2014, pág.274 y ss que expresa que la frontera entre la subordinación y la independencia no es clara y precisa (pág.283) y la línea divisoria entre un falso autónomo y un trabajador económicamente es sutil (pág.286). Aporta este estudio un análisis comparativo de la opción legal en varios países de la UE, entre ellos, España.

⁶⁶ La tradicional distinción binaria está presente recurrentemente en las sentencias del TJUE. Por ejemplo, para determinar si un juez a tiempo parcial puede ser considerado trabajador a efectos del Derecho de la UE, el TJUE expresa en el Asunto *O’Brien* (STJUE 1 de marzo de 2012, Caso C-393/10) párrafo 44: “... en el examen para determinar si la naturaleza de dicha relación es sustancialmente diferente de la relación laboral que vincula a los empleados que pertenecen, conforme al Derecho nacional, a la categoría de trabajadores con sus empleadores, ..., deberá efectuarse partiendo de la distinción entre esa categoría y la de las profesiones autónomas”.

Y no hay una doctrina precisa al respecto. Así, en relación con el criterio relativo a la flexibilidad en la organización del trabajo, del Asunto *O’Brien* se deduce que puede no ser un criterio determinante para excluir del concepto de trabajador a quién así realiza su trabajo; mientras que en el Asunto *FNV* esa

Los falsos autónomos, los trabajadores con relación de trabajo sui generis o los excluidos de la legislación laboral por las normas nacionales son reconducidos por el TJUE a la noción de trabajador, sin que contemple la noción de cuasi-subordinación como una categoría intermedia entre aquélla y la de trabajador autónomo. Y éste, el autónomo propiamente dicho, no cuenta en el Derecho de la UE con un estatuto jurídico definido, que defina de forma precisa, positiva y ¿restrictiva? el mínimo de derechos “laborales” que cupiera aplicarles con base en el carácter fundamental de algunos derechos sociales, entre ellos, igualdad de trato en la retribución. Cuestión que queda abierta y deberá pronunciarse en un futuro el TJUE sobre todo en relación con la opción normativa como la española que excluye al TRADE del concepto de trabajador asalariado y lo califica como autónomo.

b) El objeto de la prestación laboral: “actividad económica”.

Recuérdese que la definición jurisprudencial refiere a la “prestación”, sin definir o cualificar a ésta. Como regla, el TJUE la define como “actividad económica”, “real y efectiva”; lo que en el ámbito de la LCT⁶⁷ (de la que se importa) refiere a la situación de quienes se consideran “económicamente activos” en el Derecho de la UE.

Esta expresión puede ser objeto de una interpretación amplia o por el contrario más limitada o incluso restrictiva, de modo que según cuál sea el significado el

libertad en la organización del trabajo se utiliza como criterio determinante para expulsar del concepto comunitario de trabajador a quien realiza de ese modo su actividad. Recuérdese que ese Asunto se refiere a una cuestión de defensa de la competencia (art.101 TFUE) en relación la disposición de un acuerdo colectivo suscrito entre una organización empresarial y determinadas organizaciones de trabajadores de composición mixta que negociaron, de acuerdo con el Derecho nacional, unos honorarios mínimos no sólo para los sustitutos por cuenta ajena sino también para los sustitutos autónomos que estaban afiliados a ellas y que celebrasen un contrato por obra o servicios para realizar para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena de éste aun cuando a éstos el propio acuerdo colectivo no les consideraba “trabajadores”. La actividad se refiere a la prestación de servicios en orquestas de música. En particular, el TJUE afirma (párrafo 37): ...” para que se pueda considerar que, a efectos del Derecho de la Unión, los sustitutos autónomos del litigio principal no son «trabajadores» sino verdaderas «empresas», corresponderá, por tanto, al tribunal remitente comprobar que, más allá de la naturaleza jurídica de sus contratos por obra o servicio, dichos sustitutos ...no estén en una relación de subordinación en relación con la orquesta de que se trate durante el período de la relación contractual, sino que dispongan de más autonomía y flexibilidad que los trabajadores que ejerzan la misma actividad en lo que se refiere a la determinación del horario, el lugar y las modalidades de realización de los encargos que reciben, esto es, de los ensayos y conciertos.

⁶⁷ Sobre el concepto y su aplicación en la LCT, con referencia a las numerosas sentencias del TJUE, vid. VERSCHUEREN, H.: “Being Economically Active....”, cit., pág.195 y ss

concepto de trabajador a efectos de aplicación de las normas de las UE será también más amplio o más restrictivo y, en consecuencia, también más o menos extenso el ámbito personal de la regla de protección que aquéllas dispensan.

Es cierto que el TJUE intenta una precisión del concepto, en sentido negativo primero, excluyendo “aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal o accesorio “ (SSTJUE de 1 de octubre de 2015, Caso C-432/14, Asunto *O*, párrafo 22, que reproduce la doctrina del TJUE en materia de LCT; de 26 de febrero de 2015, Caso C-316/13, Asunto *Fenoll*, párrafo 27). Exclusión que requiere, por tanto, de la definición de lo que haya de entenderse, a estos efectos, por trabajos accesorios y marginales.

Accesorios, en relación al trabajo principal o a la actividad principal del sujeto que lo presta, podrían ser los trabajos en prácticas que se realizan en una empresa, para adquirir conocimientos o profundizar en éstos o para seguir una formación profesional, sin percibir una retribución del empresario pero sí una ayuda económica del organismo público encargado de fomentar el empleo por esa actividad (Asunto *Balkaya*), o el trabajo realizado por estudiantes, entre otros.

Y marginales en atención a un limitado número de horas de trabajo. Tal es el caso extremo de un joven estudiante que trabaja durante cuatro días en sus vacaciones a través de un contrato de duración determinada (Asunto *O* , en el que se ha de responder si ese joven tiene derecho a una indemnización por extinción del contrato de trabajo). O marginales también los que cabe definir como trabajos de inserción, en los que la remuneración adquiere la naturaleza de subsidio para promocionar la integración de personas vulnerables socialmente. Desde esta perspectiva, el concepto de actividad económica se entrecruza con el concepto de remuneración a estos efectos, de modo que cabría distinguir desde una perspectiva cuantitativa (nivel de retribución) y cualitativa (tipo de remuneración) y enlazar con el Asunto *Tümer*, recuérdese sobre la Directiva de Insolvencia, en el que se expresa (párrafo 44) que “la definición del término trabajador asalariado se refiere necesariamente a una relación de trabajo que hace surgir un derecho frente al empresario consistente en exigir una remuneración por el trabajo efectuado”. ¿Ese derecho existe en los trabajos en prácticas y en los de inserción?.

La actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje en una profesión pueden ser, expresa el TJUE, “considerados una preparación práctica relacionada con el propio ejercicio de la profesión de que se trate, dado que tales períodos se efectúan en condiciones de una actividad retribuida real y efectiva, en favor de un empresario y bajo la dirección de éste”, aún cuando no se perciba del empresario la retribución sino que se trate de una ayuda económica de un organismo público encargado de fomentar el empleo por esa actividad (Asunto *Balkaya*, párrafos 50, 51). Con apoyo constante en su jurisprudencia sobre LCT, expresa que “el origen de los recursos destinados a la retribución del interesado y, en particular, como sucede en este caso, la financiación de ésta mediante subvenciones públicas, no pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora”

¿Deriva en los casos de trabajos de inserción una remuneración por una actividad con una utilidad económica para la entidad interesada para la que se presta?. Esta es la cuestión planteada en el Asunto *Fenoll*, en relación con el trabajo de personas con discapacidad severa en un centro de ayuda mediante el trabajo. Se preguntaba al TJUE si el concepto de trabajador, a efectos de aplicación de la Directiva 2003/88, sobre tiempo de trabajo, debe entenderse en el sentido de que comprende a una persona admitida en un centro de ayuda. Recuérdese que es ésta una Directiva que no define el concepto de trabajador, no remite al concepto de trabajador de otras Directivas y tampoco contempla remisión al concepto nacional.

Si enlazamos Asunto *O* y Asunto *Fenoll*, resulta que para el TJUE sigue existiendo actividad real y efectiva en estos casos extremos porque, con independencia del nivel limitado de la retribución obtenida de una actividad profesional y del número de horas dedicadas a ésta, (párrafo 24, Asunto *O*) o con independencia de que la retribución pudiera estar muy por debajo del salario mínimo garantizado en el país de que se trate (Asunto *Fenoll*, párrafo 33), la calificación de tal actividad “requiere una apreciación global” a través del análisis del “conjunto de los elementos que caracterizan una relación laboral”, entre ellos, por ejemplo, el derecho a vacaciones pagadas, mantenimiento del salario en caso de enfermedad, sujeción del contrato laboral al convenio colectivo aplicable, al pago de cotizaciones, y, en su caso, a la naturaleza de

éstas”, (Asunto *O*, párrafo 25; Asunto *Fenoll*, párrafo 29). De modo que ante esas circunstancias la actividad, en particular la del Sr.Fenoll, podría ser calificada como “sui generis”, pero en modo alguno determinante de la condición de trabajador a efectos del Derecho de la UE para la apreciación de la relación laboral (Asunto *Fenoll*, párrafos 30 y 31, con cita del Asunto *Kiiski*). “Sui generis” aquí en el sentido de que aun cuando los empleos de este tipo están reservados a personas que por circunstancias propias de su estado no están en condiciones de ocupar un empleo en condiciones normales (expresión que recuerda a la del asunto *Bettray*), esas actividades, aunque adaptadas a las capacidades de las personas interesadas, también tienen una cierta utilidad económica. Concluyendo al respecto: “Ello es tanto más cierto dado que las referidas actividades permiten valorizar la productividad, por reducida que sea, de las personas gravemente discapacitadas y asegurar a la vez la protección social que se les debe” (párrafo 40)

Un consideración última, y breve, respecto de la “actividad económica” refiere a la distinción entre empleo privado y empleo público y su entronque con la LCT, en virtud del art.45.4 TFUE que dispone que “Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública” . Recuérdese que en el Asunto *Lawrie-Blum* –punto de partida de nuestro análisis- se planteaba si de algún modo el hecho de que se tratara de un trabajo en el sector público (profesor en período de prácticas) influía en la calificación de la actividad a efectos de aplicación de la LCT. Ya entonces el TJUE definió de forma restrictiva el concepto de “trabajo en la Administración Pública” (y con él la exclusión), limitándolo solo al que supusiera una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado...” (párrafo 26).

¿Qué efecto deriva en la jurisprudencia del TJUE en materia de política social?.

Por un lado, la confirmación de que el concepto europeo de trabajador formulado por el TJUE no varía en función del carácter público o privado del empleador para el que el que se presta el trabajo (Asunto *Regojo Dans*, C-177/14, párrafo 31).

Por otro, aceptada una definición funcional de lo que sea Administración Pública a estos efectos, la duda de si los empleados públicos, en particular los que el

ordenamiento nacional califica como “funcionarios”, están en situación “laboral” equivalente y análoga que los trabajadores asalariados tanto si estos desarrollan trabajos en el sector público como en el sector privado. O si en general la naturaleza pública o privada del empleador condiciona de algún modo las circunstancias de acceso al empleo, las condiciones trabajo y las condiciones de empleo y cómo ha de resolverse en litigios en que la relación de trabajo se refiera al empleo público con aplicación efectiva, entonces, del efecto directo vertical de las Directivas comunitarias en el ámbito de la política social.

La cuestión planteada enlaza con la lógica de protección y sus diferencias entre el principio de igualdad de trato y el principio de no discriminación y su respuesta cuando se aprecian diferencias de trato entre empleados públicos y empleados en el sector privado o, dentro del sector público, cuando las normas nacionales establecen diferencias entre “funcionarios” y quienes son trabajadores por cuenta ajena o entre los contratados en régimen de Derecho Administrativo y los contratados en régimen de Derecho laboral. De modo que la referencia legislativa a nivel de la UE no es solo la Directiva 2000/78, porque una cosa es que esta norma reconozca el derecho a la no discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación (por tanto, sin distinguir entre sector privado y sector público) y otra bien diferente que haya de hacerse abstracción de las causas explícitas de discriminación (edad, discapacidad...entre otras) respecto de las que ofrece protección en ese ámbito. Los criterios establecidos en la lógica de protección frente a la discriminación no pueden aplicarse sin más cuando se invoca igualdad de trato entre quienes son funcionarios y quienes son trabajadores por cuenta ajena conforme al ordenamiento jurídico nacional. Ésta es la reflexión a la que invita la STJUE Asunto *Milkova* (STJUE de 9 de marzo de 2017, C-406/15) en la que se plantea si los funcionarios con discapacidad han de acceder a las mismas ventajas que los trabajadores por cuenta ajena con discapacidad en cuanto a la protección especial *ex ante* frente al despido, que obliga al empleador a solicitar una autorización previa de la Inspección de Trabajo antes de extinguir su relación laboral. Teniendo en cuenta que la diferencia de trato no se basa tanto en la naturaleza del servicio (público o privado) sino en la circunstancia personal (discapacidad) que puede afectar tanto al funcionario como al trabajador cuando éste trabaje para la Administración Pública, elude el TJUE pronunciarse sobre la cuestión y deja al tribunal nacional la valoración de si ambos

grupos de personas (funcionarios discapacitados/trabajadores por cuenta ajena discapacitados) se encuentran en situación análoga o equivalente y, en su caso, si la medida nacional está objetivamente justificada a la luz del principio de igualdad (párrafos 62 y 63). Sólo en caso de que el órgano judicial nacional estimase que no se respeta el principio de igualdad de trato, advierte el TJUE (párrafo 69), el régimen aplicable a los trabajadores por cuenta ajena con discapacidad sería el único sistema de referencia válido y, por consiguiente, obligaría a conceder a los funcionarios con discapacidad las mismas ventajas que a aquéllos en cuanto a la protección especial ex ante frente al despido.

Lógica del principio de igualdad que hay que aplicar para valorar si están justificadas las posibles diferencias en las condiciones de trabajo entre los empleados públicos en ordenamientos jurídicos como el español que distinguen según el régimen, Derecho laboral o Derecho Administrativo, en virtud del que hayan sido contratados por la Administración. Es el caso relacionado con las medidas previstas contra el abuso de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en la Administración Pública, resueltas en nuestro ordenamiento jurídico para los empleados públicos de régimen de Derecho laboral a través del concepto de “trabajador indefinido no fijo” (reconociendo el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo), no aplicable al personal que presta servicios para las Administraciones Públicas en régimen de Derecho Administrativo. El TJUE estima en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (Asunto *Martínez Andrés y otros*, acumulados C-184/15 y 197/15) -párrafos 40, 41, 48- que la Directiva 1999/70, relativa a los contratos de duración determinada, no se opone a “que la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado”, siempre que el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal. Si el Tribunal nacional –sigue diciendo el TJUE- “declarase que en Derecho español no existe ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del Acuerdo marco”. Enlaza esta reflexión con la de los apartados siguientes.

2.5. Los trabajos atípicos

Avanzamos en este estudio que la expresión “trabajos atípicos” está hoy desfasada y se ha sustituido por la de “nuevas formas de trabajo” para evitar configurar una categoría dogmática a modo de “cajón de sastre”, tal vez hoy de dimensiones inabarcables, en la que quedarían encuadrados todos los trabajos que no responden al modelo clásico de trabajo típico o estándar (el que podría definirse como a tiempo completo y por tiempo indefinido) con una orientación perversa hacia la segmentación regresiva de esos colectivos para, si no excluir, sí disminuir la protección de quienes tienen una relación de trabajo dependiente y remunerada fuera de los contornos rígidos de un contrato de trabajo .

Aun cuando fuera necesaria una reflexión general sobre la adaptación o acondicionamiento conceptual de las notas del contrato de trabajo que se requiere en el tratamiento de estas prestaciones de servicios fronterizos, en el Derecho de la UE no hay una norma general que defina esas nuevas formas de trabajo y por tanto aún hoy el análisis gira en torno a las que se denominan Directivas sobre “trabajos atípicos” , las tres conocidas, por orden cronológico, Directiva sobre Trabajo a Tiempo Parcial, TTP (Directiva 97/81); Directiva sobre trabajo de duración determinada, TDD (Directiva 1999/70) y la Directiva sobre trabajo a través de ETT (Directiva 2008/104, de 19 de noviembre), que se dice responden a la idea de *flexiguridad* (protección de los trabajadores y flexibilidad del mercado de trabajo), y, en consecuencia, encierran una finalidad ambivalente desde la perspectiva jurídica. En efecto, desde la perspectiva de protección, se orientan hacia la igualdad de trato de estos trabajadores en relación con los trabajadores asalariados estándares, y desde la de flexibilidad, hacia la revisión o eliminación de restricciones o prohibiciones de estos tipos de trabajo.⁶⁸

⁶⁸ En concreto, desde la perspectiva de la Directiva de ETT, distinguiendo los diferentes modelos nacionales de los países de la UE en la regulación de las ETTs (modelo liberal y modelo regulatorio, los denomina), y planteando si esa Directiva ha logrado la armonización de las regulaciones nacionales, véase, SARTORI, A.: “Temporary Agency Work in Europe. Degree of Convergence following Directive 2008/104/EU”, *ELLJ*, Vol.7 (2016), No.1. La armonización efectiva dependerá de la interpretación futura

Coinciden estas Directivas en definir al trabajador como sujeto que tiene un contrato de trabajo o una relación laboral con remisión al Derecho nacional.

Se expresa en ellas lo siguiente⁶⁹: El presente Acuerdo se aplica a los trabajadores (a tiempo parcial, con un contrato de duración determinada, de una ETT...) “que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro”⁷⁰. De modo que, a estos efectos, plantean la cuestión de la que se dio cuenta más arriba relativa a si la remisión es amplia y discrecional para los Estados Miembros y queda resuelta también del modo que se avanzó. En efecto, sobre el ámbito de aplicación personal de estas Directivas, y abstrayéndonos ahora de los supuestos concretos planteados ⁷¹, reiteran la regla conocida: los EMs pueden definir ciertos términos empleados por las Directivas (entre ellos el de trabajador) siempre que respeten su efecto útil (Asunto *O’Brien*, párrafo 34);

del TJUE en cuanto a las dos piedras angulares de la norma: el peso del principio de igualdad y el poder discrecional de los EMs en cuanto a la extensión de los límites al uso de las ETTs.

⁶⁹ Directiva sobre TTP, Cláusula 2ª del Acuerdo Anexo; Directiva sobre TDD, Cláusula 2, apartado 1 del Acuerdo Anexo. La Directiva sobre ETT Se aplica a “los trabajadores que tengan un *contrato de trabajo o una relación laboral* con una empresa de trabajo temporal...”, sean éstas públicas o privadas, tengan o no fines lucrativos. Y contiene una doble referencia a la legislación de los Estados Miembros, a saber, conforme art.3º.1, se entiende por “trabajador”, toda persona que, en el Estado miembro en cuestión, esté protegida como trabajador en el marco de la legislación nacional sobre empleo; art.3º.2, “la presente Directiva no supone menoscabo del Derecho nacional en lo que se refiere a la definición de la remuneración, del contrato de trabajo, de la relación laboral o del trabajador”.

⁷⁰ La misma definición en la Directiva sobre Permiso Parental, 2010/18, en la que también hay referencia permanente al principio de igualdad y no discriminación (por razón de sexo). Esta Directiva fue objeto de cuestión prejudicial, inadmitida por el TJUE en el Asunto C-351/14. No obstante, por sus reflexiones en torno al concepto de trabajador en relación con el trabajo realizado por una socia de cooperativa de trabajo asociado, la cita entre otros del Asunto *O’Brien* y el fundamento en los principios generales de la UE, entre ellos el igualdad al caso, véanse las Conclusiones del AG de 3 de marzo de 2016 al caso C-351/14

⁷¹ Se analizan conjuntamente los siguientes Asuntos: Sobre TTP, Asunto *O’Brien*, Caso C-393/10, relativo al caso de un juez a tiempo parcial remunerado sobre la base de indemnizaciones diarias que solicitaba una pensión en virtud de su actividad a la que, según el Derecho nacional, no tenía derecho. Sobre TDD, STJUE de 9 de julio 2015, Caso C-177/14, Asunto *Regojo Dans*, sobre contratada eventual al amparo del EBEP español, a la que, conforme a la Ley 7/2007, no se le abona complementos salariales por antigüedad cuando la citada norma sí los prevé para los funcionarios de carrera y para los empleados públicos fijos. Sobre ETT, STJUE 17 de noviembre de 2016, Asunto *Betriesrat der Ruhrlandklinik*, C-216/15, relativa a la cesión no temporal de una enfermera, miembro de la Hermandad de enfermeras de la cruz roja alemana de Essen, a la Ruhrlandklinik. Esta enfermera, conforme al Derecho alemán no tiene la condición de trabajadora puesto que no está vinculada formalmente a esa Hermandad (asociación registrada sin ánimo de lucro) mediante un contrato de trabajo. Consta que la Hermandad abona a sus miembros una retribución mensual, le reembolsa determinados gastos de desplazamiento, tienen derecho a pensión complementaria de jubilación y a vacaciones retribuidas. Es importante destacar en relación con el supuesto, que en Alemania, si bien hace unos años se admitía la cesión permanente, en 2011 se reintrodujo un límite temporal en la utilización de las ETTs.

de lo contrario, la consecución del objetivo de protección de estas directivas se pondría en peligro si se limitara de manera excesiva e injustificada su ámbito de aplicación (Asunto *Betriesrat der Ruhrlandklinik*-párrafo 36).

Pero, avanzan hacia la configuración del principio de igualdad como fundamento del ámbito (material y personal) de aplicación de estas Directivas. Por vez primera en estos casos se utiliza la expresión “efecto útil del principio de igualdad de trato”, que admite diferencias de trato justificadas y, al contrario, prohíbe las diferencias arbitrarias. Desde la perspectiva personal, ¿pueden adoptar los Estados Miembros una definición específica de lo que sea trabajador a estos efectos separada del concepto de trabajador establecido con carácter general por la legislación concreta nacional?. Dicho de otro modo ¿son admisibles exclusiones nacionales del concepto de trabajador a estos efectos?. Respondiendo al respecto, según el TJUE, que solo habría exclusiones justificadas cuando la naturaleza de la relación de que se trate fuera sustancialmente diferente de la que vincula con sus empresarios a los empleados que pertenecen, según el Derecho nacional, a la categoría de trabajadores» (párrafo 42 *O’Brien*), porque, de lo contrario habría una exclusión arbitraria de determinadas categorías de personas del beneficio de la protección requerida por estos instrumentos de la UE (*Regojo Dans*, párrafo 34; *Betriebsrat*, párrafo 37).

Así, con carácter específico, se consideran situaciones comparables a estos efectos, y la restricción del concepto de trabajador como diferencia arbitraria, la de aquellos sujetos que conforme al sistema jurídico nacional son calificados como “funcionarios” o empleados públicos en una Administración Pública. En este caso, juez a tiempo parcial remunerado sobre la base de indemnizaciones diarias (asunto *O’Brien*). O de quienes tienen un contrato eventual de duración determinada en la Administración Pública (asunto *Regojo Dans*). O, al margen del empleo público, la de aquellos sujetos que conforme al Derecho nacional se excluyen del concepto de trabajador cuando están vinculados a una asociación sin ánimo de lucro a través de la que prestan servicios para empresas usuarias (Asunto *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*).

2.6. *Reflexión de cierre: ¿El principio de igualdad/no discriminación como fundamento transversal del concepto europeo de trabajador?.*

La referencia al efecto útil del principio de igualdad nos hace volver al Asunto *Allonby* , que, como se recordará, fijó como fundamento del concepto comunitario uniforme y extensivo o amplio de trabajador “europeo” el que se dijo era principio general de la UE, el de igualdad de retribución por razón de sexo. Ese concepto permitía solventar la desventaja del sexo femenino en el ámbito del empleo y de la ocupación de modo que un “falso autónomo” femenino debía entenderse trabajador a efectos de protección y extensión de garantías laborales en igualdad de condiciones que un trabajador por cuenta ajena o asalariado de sexo masculino.

Siete años después, en el Asunto *Danosa* (derechos de la mujer embarazada miembro del órgano de dirección de una Sociedad) vuelve a plantear la cuestión relativa a la protección que ha de dispensarse- a partir del objetivo perseguido por las reglas del Derecho de la Unión que regulan la igualdad entre hombres y mujeres (con mención en este caso de la antigua Directiva 76/207, pero aplicable también a las actuales)- a quienes, a diferencia del Asunto *Allonby*, no encajan en la definición de “falsos autónomos”. El TJUE expresa que este objetivo no podría conseguirse (párrafo 69 de la sentencia *Danosa*) “si la protección contra el despido otorgada por el Derecho de la Unión a las trabajadoras embarazadas dependiese de la calificación formal de su relación laboral en Derecho nacional o de la elección entre un tipo u otro de contrato hecha en el momento de su contratación”. Enlaza con la Directiva 76/207 sobre derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y de nuevo el principio de igualdad por razón de sexo se eleva a principio fundamental del Derecho de la UE porque, según indica el TJUE, “con independencia de cuál sea la Directiva aplicable, es necesario garantizar a la interesada la protección que otorga el Derecho de la Unión a las mujeres embarazadas en el supuesto de que la relación jurídica que la une a otra persona se rompa a causa de su embarazo” (párrafo 70).

Y reaparece el principio de igualdad al margen del derecho a la no discriminación por una de las causas definidas en el Derecho de la UE en las sentencias recaídas en asuntos relacionados con las Directivas sobre Trabajos Atípicos. ¿Es ésta una tendencia hacia la extensión del ámbito del Derecho antidiscriminatorio de la UE

por razón de género con la finalidad de expansión del concepto comunitario de trabajador?. Y derivada, ¿habría una extensión equivalente de todo el Derecho antidiscriminatorio de la UE cualquiera que sea la razón o causa?; para continuar por elevación ¿el principio de igualdad puede servir de fundamento de la extensión del concepto de trabajador?. Se trata, en definitiva, de plantear si más allá de una interpretación finalista de las Directivas en base su efecto útil o su efectividad podría entenderse que el carácter protector o tuitivo que caracteriza el Derecho del Trabajo y su finalidad de reequilibrio de la posición de inferioridad de la parte más débil de la relación laboral, el trabajador, es manifestación inequívoca del principio de igualdad, en concreto, en su vertiente de igualdad sustancial en sus múltiples y variados significados. De modo que, asimilada igualdad a protección (entendida como remedio contra las desventajas o remoción de los estigmas y estereotipos...), podría proponerse una definición finalista de trabajador en respuesta a los objetivos del principio de igualdad. Se extendería así el ámbito de protección del Derecho del Trabajo de la UE y se identificaría la igualdad sustancial como fundamento del concepto uniforme y extensivo de trabajador en el Derecho de la UE, y en especial, en el ámbito de la política social en sentido estricto. Dicho de otra forma, el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, entendido como equilibrio e igualdad entre los sujetos del contrato de trabajo, como articulación equilibrada de la protección ¿puede utilizarse como fundamento de un concepto amplio o extensivo de trabajador?.

Esta cuestión es hoy una de las más discutidas por la doctrina europea⁷² y requiere de un estudio profundo que no puede abordarse en estos momentos. Implica analizar la “igualdad” desde la triple perspectiva de valor, principio y derecho; abordar el significado de la igualdad “sustancial”; la distinción entre principio y fundamento del ordenamiento jurídico (en concreto del de la UE) y derecho fundamental en el ámbito del empleo y de la ocupación, confrontándose al efecto en el ámbito de la política social si el significado de ese principio es idéntico al derecho a la no discriminación, contemplados en preceptos diversos de la CDFUE (art.20 y 21 respectivamente).

⁷² Véase, FREDMAN, S.: “Pasts and futures: EU equality law”, en BOGG, A., COSTELLO, C. and DAVIS, A.C.: *Research Handbook on Eu Labour Law*, cit., pág.391.....; RÖNNMAR, M.: “Flexicurity, Labour Law and the Notion of Equal Treatment”, en RÖNNMAR, M.(Edit): *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe*, 2011, cit., pág.153; NUMHAUSER-HENNING, A.: “EU Equality Law- Comprehensive and Truly Transformative?”, en RÖNNMAR, M (Edit): op.ult.cit, pág.113 y ss

A nuestro juicio, utilizar el principio de igualdad como criterio corrector del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo de la UE y como fundamento de un concepto amplio y extensivo de trabajador no tiene una base jurídica sólida. Tal principio, de contornos jurídicos nítidos, quedaría diluido en el de valor de justicia social, de inclusión, de solidaridad, que abocaría a la pérdida de identidad del Derecho del Trabajo para configurarlo como Derecho en general del mercado de trabajo o Derecho Social.

Por otro lado, y derivado del anterior, podría plantearse si el principio de igualdad es fundamento del contenido y extensión de los mecanismos de garantía aplicables a todos los que, en sentido amplio o laxo, son considerados trabajadores desde el Derecho de la UE. La cuestión que se plantea al respecto no es otra que la relativa a si la protección ha de ser la misma para todos aquellos que encajan en la definición propuesta por el TJUE. Aspecto éste del que se ha dado cuenta en el análisis particular de las Directivas basadas en situaciones (TTP, TDD, ETT) que pudieran entenderse objetivamente comparables respecto de otras (trabajo a tiempo completo; trabajo de duración indefinida; trabajos directamente prestados al empresario sin cesión por otros) y, en consecuencia, merecedoras de igualdad de trato.

No parece que pueda responderse afirmativamente. Aunque el sujeto pudiera encajar en la definición comunitaria de trabajador, eso no quiere decir que deba recibir en todo caso el mismo trato o que incluso pueda invocar el derecho a la no discriminación por alguna de las razones previstas expresamente por el legislador comunitario. Recuérdese el Asunto *Milkava*, que elude el TJUE pronunciarse al respecto; o la orientación en la sentencia de 1 de octubre de 2015, Asunto *O*, Caso C-432/14, en la que (joven que trabaja en período de vacaciones durante cuatro días y reclama una indemnización por extinción del contrato), se expresa que, aun cuando sea considerado trabajador a efectos del Derecho de la Unión (tal y como dedujo el TJUE), hay que examinar si puede invocar el principio de no discriminación por razón de edad (párrafo 28), consagrado en el art. 21 CDFUE y concretado por la Directiva 2000/78. Lo trascendente de esta sentencia, el punto de inflexión -sin que pueda afirmarse rotundamente a nuestro juicio que rompe la tendencia sobre la aplicación directa y horizontal del derecho a la no discriminación en relación con la “igualdad sustancial” (o igualdad transformativa y comprehensiva)- es el razonamiento jurídico

en torno al principio de igualdad de trato. Lo que, en sentido crítico, un sector de la doctrina ha calificado como “the complaints-led model”⁷³ y, por el contrario, otro apunta como “deber ser” y reorientación de las reglas esenciales de ordenación y aplicabilidad del Derecho comunitario⁷⁴. Se analiza si la situación de estudiante es objetivamente análoga -atendiendo al objetivo perseguido por la norma nacional concreta- a la de los trabajadores que tienen derecho a la indemnización por extinción del contrato de trabajo; de modo que si el legislador excluye a los jóvenes estudiantes porque considera que no se encuentran en una situación de precariedad profesional (fundamento de esa indemnización), no puede invocarse el derecho a la no discriminación por razón de edad.

Lo que quiere decir que el concepto europeo de trabajador es compatible con las restricciones que pudiera establecer para determinadas categorías de trabajadores el Derecho nacional. En definitiva, se pueden limitar los derechos si la situación del que se concibe como trabajador en el Derecho de la UE no es análoga a la de otras categorías de trabajadores a los que sí reconoce esos derechos el ordenamiento nacional. ¿Es ésta una segmentación regresiva de los derechos de los trabajadores o consecuencia de una restricción justificada basada en razones objetivas y adecuadas?. O, incluso ¿se trata de contención del concepto autónomo, uniforme y unitario de trabajador en el Derecho de la UE y llamada de atención hacia las instituciones de la UE que ostentan el poder decisorio?. El tiempo lo dirá.

⁷³ NUMHAUSER-HENNING, A.: “EU Equality Law...”, cit., pág.126

⁷⁴ Véase MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática de los trabajadores interinos (NREDT, núm.194, 2017), pág.166 y ss.

V. CONCLUSIONES

En el proceso de construcción y avance del Derecho Europeo del Trabajo –más allá de la Europeización del Derecho del Trabajo- y reafirmación de éste como rasgo sustancial del Modelo Social de la UE nos encontramos en un momento de inflexión. Ante la más que probable ralentización en el avance de configuración de sus elementos estructurales, y en particular, en la orientación hacia un concepto legal uniforme y unitario de trabajador aplicable como “suelo mínimo” en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, este estudio ha reflexionado sobre las posibilidades normativas de futuro y sobre la jurisprudencia del TJUE para orientar el cambio normativo si éste se produjera.

Hasta tanto, el TJUE debe consolidar con fundamentos jurídicos estables un concepto transversal de trabajador que permita salvar las contradicciones e incoherencias detectadas entre los diferentes ámbitos del Derecho del Trabajo de la UE. La interpretación y aplicación del Derecho de la UE por quien es su máximo intérprete exige también coherencia y extremada prudencia en sus razonamientos y fallos explicando debidamente al juez nacional la frontera entre la interpretación conforme y la aplicación directa para crear seguridad jurídica y confianza a todos los operadores jurídicos de los EMs, legislador y tribunales, en la integración del concepto comunitario de trabajador en cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales. Es verdad que el criterio jurisprudencial pudiera tener un efecto limitado en su aplicación en cada uno de los ordenamientos jurídicos aunque hubiera esa regla común y uniforme; salvaría las incoherencias en el ámbito del Derecho de la UE pero no puede evitar el limitado “efecto útil” si el concepto propuesto contradice el tenor de la norma nacional. De modo que, ante la dificultad de que todos los EMs converjan en una definición común de trabajador por la vía de modificación legal de sus normas nacionales derivada de la jurisprudencia del TJUE, y la ausencia de una norma comunitaria armonizadora del concepto de trabajador o norma comunitaria marco, se plantea si los principios de igualdad de trato y no discriminación previstos en la CDFUE, que tiene efectos directos, pudieran contribuir hacia la convergencia del significado comunitario de trabajador.

Mientras el legislador de la UE resuelve el dilema, dejemos apuntadas algunas líneas de tendencia del TJUE:

- 1) Avance en la construcción jurisprudencial de un concepto uniforme, comunitario y autónomo de trabajador con fundamento en los límites, mínimo y máximo, que impone al ámbito de aplicación del Derecho nacional del Trabajo como garantía de la plena eficacia de las normas comunitarias y de la protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes EMs.
- 2) Concepto amplio de trabajador basado en criterios objetivos y readaptación de los presupuestos típicos del contrato de trabajo, en particular, de la dependencia, entendida en un sentido flexible que en gran medida converge con la construcción jurisprudencial de los tribunales nacionales, en especial, de los españoles.
- 3) Primacía de la realidad fáctica frente a la voluntad contractual de las partes para corregir elusiones o evasiones del concepto de trabajador a través del falso o ficticio autónomo.
- 4) Mantenimiento de la división binaria entre trabajador (employee) y trabajador autónomo, sin que aún se haya avanzado en una definición positiva y restrictiva de trabajador autónomo (frente a la opción predominante en sentido negativo o a sensu contrario) y en la construcción de una categoría intermedia basada en la cuasi-subordinación o dependencia económica que permitiera replantear con finalidad convergente algunas opciones legales de los EMs.

Debe avanzarse por el TJUE en la “resocialización” de Europa para contribuir positivamente a la consolidación y desarrollo del acervo social de la UE. Para avanzar en la construcción de un Derecho del Trabajo de la UE (más allá de la limitada “europeización” del Derecho del Trabajo) y servir de contrapeso a instrumentos de *soft law* para evitar que se utilicen con tendencia desreguladora y como fundamento de la adopción de un contrato único bajo el pretexto de reducir el dualismo del mercado de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONGO GARCÍA, R. : *Sistema Jurídico de la UE*, 3ª edic., Thomson Reuters, 2012

ALONSO-OLEA GARCÍA, B.:

-*Extranjería y Trabajo*; Edit. Civitas, 2011

-*Trabajador Expatriado y Seguridad Social*; Edit.Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016

-ALZAGA RUIZ, I.: *La eficacia de las Directivas comunitarias en el ámbito laboral*; Edit.Civitas, Madrid, 2009

BARNARD, C.:

-“Fifty Years of Avoiding Social Dumping? The EU’s Economic and NOT So Economic Constitution”, en DOUGAN, M. y CURRIE, S. (Eds): *50 Years of the*

-*EU Employment Law*, 4ª edic., Oxford, University Press, 2012

-“EU Employment Law and the European Social Model: The Past, the Present and the Future”, *Current Legal Problems (CLP)*, Oxford University Press, Vol.67, 2014

- “The Calm after the storm: Time to reflect on EU (labour) law scholarship following the decisions in Viking and Laval”, en BOGG, A., COSTELLO, C. and DAVIES, A.C.L. (Eds.). *Research Handbook on EU Labour Law*; EE Elgar, 2016

BIASI, M.: *Brevi riflessioni sulla categoria dirigenziale all’indomani del Jobs Act*; WP CSDLE “Massimo D’Antona”. IT-303/2016

BOSSE, C.: “ILO Recommendation 198, the Employment Relationship Recommendation”, in PENNING, F. and BOSSE, C. (Edit): *The Protection of Working Relationships*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011

CAVALIER, G. and UPEX, R.: “The Concept of Employment Contract in European Union Private Law”, *ICLQ*, vol.55, 2006

COUNTOURIS, N.:

“An Autonomous EU definition of “Worker”-Pitfalls and Opportunities for the European Labour Movement”, *ETUC* 4 dec.2015

COUNTOURIS, N. and ENGBLOM, S.: “Protection or Protectionism?”. A Legal Deconstruction of the Emerging False Dilemma in European Integration”, *ELLJ*, Vol.6, 2015, No.1

CRUZ VILLALÓN, J.: “Últimas tendencias en la Jurisprudencia del TJUE”, *Revista Temas Laborales*, núm.130, 2015

DAVIDOV, G.: “Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity”, *Oxford Journal Of Legal Studies*, Vol.34, No.3, 2014

DAVIDOV, G., FREEDLAND, M. and KOUNTOURIS, N.: "The Subjects of Labor Law: "Employees" and Other Workers", in FINKIN, M and MUNDLAK, G. (Eds); *Research Handbook in Comparative Labor Law*; Edward Elgar, 2015.

DAVIS, A.C.L., BOGG, A. and COSTELO, C.: "The role of the Court of Justice in labour law", en BOOG, A., COSTELLO, C. and DAVIES, A.C.L (Eds): *Research Handbook on EU Labour Law*; EE Elgar, 2016

DEAKIN, S.:

- "Addressing labour market segmentation: The role of Labour Law", Working Paper no.52, ILO, 2013

- "New forms of employment: Implications for EU law-The law as it stands", Keynote paper, ELLN, Legal Seminar, 2014.

EUROFOUND, Informes

2014, sobre "Nuevas Formas de Empleo"

2016, "Nuevas formas de empleo: desarrollar el potencial de la compartición estratégica de empleados, 2016". Ambos disponibles en

<http://www.eurofound.europa.eu/publications>

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: "Trabajadores extranjeros en situación irregular e instituciones de garantía salarial", *Revista La Ley, Unión Europea*, núm.22, 2015

FALGUERA i BARÓ, M.: "El Libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo de la Unión: una preocupante iniciativa"; *IUSLabor* 2/2007

FREEDLAND, M.: "The segmentation of workers' rights and the legal Analysis of Personal Work Relations: Redefining a problem", en *Comparative Labour Law and Pol'Y Journal*, Vol.36, 2014-2015

FREEDLAND, M. y KOUNTOURIS, N.: *The Legal Construction of Personal Work Relationship*, Oxford, Oxford University Press, 2011

GRANDI, B.: "Would Europe Benefit from the Adoption of a Comprehensive Definition of the Term 'Employee' Applicable in all Relevant Legislative Modes", *IJCLLIR*, Vol.24/4, 2008

ILO: *REgulating The Employment Relationship in Europe: A guide to Recommendation n.198*, Geneva, 2013

GARCÍA MURCIA, J.: "El Derecho del trabajo ante el desafío del trabajo autónomo", en CAMPS, RAMÍREZ, SALA (Coords.): *Crisis, Reforma y Futuro del Derecho del Trabajo*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: "Principios del Derecho del trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en.....

KENNER, J.: "New Fronteries in EU Labour Law: From Flexicurity to Flex-Security", en DOUGAN, M y CURRIE, S (Eds): *50 Years of The European Treaties. Looking Back and Thinking Forward*, Hart Publishing, 2009

LANG, C., SCHÖMAN, I. and CLAUWAERT, S.: "Atypical forms of empmloment contracts in times of crisis", ETUI, Working Paper 2013.3, Bruselas, 2013.

MARTÍN VALVERDE, A.: "La Jurisprudencia Social del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: evolución y tendencias recientes", *REDT*, núm.135 ,2007

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática de los trabajadores interinos (NREDT, núm.194, 2017)

MICKLITZ: "The ECJ between the individual citizen and the member states – a plea for a Judgemade European Law on Remedies", en: H.-W. Micklitz and B. De Witte (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2012

MONTOYA MELGAR, A.: *El empleo ilegal de inmigrantes.*, Editorial Civitas, 2007

MULLER, F.: "Cross-border Mobility of Bogus Self-Employed Workers: A Lack of Legal Framework Coupled with Protection of Economic Rights", *ELLJ*, No.5, 2014

NUMHAUSER-HENNING, A.: "EU Equality Law- Comprehensive and Truly Transformative?", en RÖNNMAR, M (Edit): *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe*, 2011

O'BRIEN y otros: Comparative Report 2015. *The concept of worker under art.45 TFEU and certain non-standard forms of employment*; EU, 2016

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "Sobre las 'fronteras móviles' del Derecho del Trabajo: los trabajadores autónomos económicamente dependientes", en CAMPS, RAMÍREZ, SALA (Coords.): *Crisis, Reforma y Futuro del Derecho del Trabajo*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

PEDERSINI, R. y PALLINI, M. "Exploring the Fraudulent Contracting of Work in the EU", Eurofound, informe de 2016, disponible en <http://www.eurofound.europa.eu/publications>

PENNINGS, F. and BOSSE, C. (Edits): *The Protection of Working Relationships. A Comparative Study*; Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011

PERULLI, : *Study on economically dependent work/parasubordinate (quasi-subordinate) work*, EC, PE 324.303, 2003

RÖNNMAR, M.:

-"Flexicurity, Labour Law and the Notion of Equal Treatment", en RÖNNMAR, M.(Edit): *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe*, 2011

-“EU Labour Law in Flux: Hard, Soft or Fundamental?”. Keynote paper for the 11^a ILERA European Regional Congress, 2016

ROSIORU, F.:

-“The changing concept of subordination”, 2013, <http://adapt.it/adapt-indice-a-z/f-rosioru-changing-concept-subordination/>

-“Legal acknowledgment of the category of Economically Dependent Worker”, *ELLJ*, Vol.5, No.3-4, 2014

SARTORI, A.: “Temporary Agency Work in Europe. Degree of Convergence following Directive 2008/104/EU”, *ELLJ*, Vol.7 (2016), No.1

SCHIEK, D. y otros: *EU Social and Labour Rights an EU Internal Market Law*, 2015, PE563.457, <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>

SUPIOT y otros: *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe* (Oxford, Oxford University Press, 2005). Publicado en español como *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

SYRPIS, P. y NOVITZ, T.: “The EU Internal Market and Domestic Labour La2”, en BOGG, A., COSTELO, C. y DAVIES, ACL (Edts) : *The Autonomy of Labour Law*, Bloomsbury, Oxford, 2015

VALENCIANO SAL, A.: “Efectos de la sentencia TJUE (Asunto C-311/13) sobre la percepción de prestaciones en caso de insolvencia empresarial”, *RGDTSS*, núm.40

VAN PEIJPE, T.: “EU Limits for The Personal Scope of Employment Law”, *ELLJ*, Vol.3, 2012

VERSCHUEREN, H.: “Being Economically Active How it still Matters”, en VERSCHUEREN, H. (Edit.): *REsidence, Employment and Social Rights of Mobile Persons*; Intersetia, Cambridge, Antwerp, 2016

VOOGSGEERD, H.: “Rethinking Scope and Purpose of National Labour Law because of Developments in the EU Labour Law”, puede consultarse https://www.upf.edu/documents/3298481/3410076/2013-LLRNConf_Voogsgeerd.pdf/3bf27f05-7f02-40f5-a879-792b1323f853

WAAS, B.: “The Legal Definition of the Employment Relationship”, *ELLJ*, Vol.1, 2010, No.1

WEISS, : “The Potential of the Treaty has to be used to its Full Extent”, *ELLJ*, Vol.4, 2013, no.1

JURISPRUDENCIA DEL TJUE CITADA

STJUE de 11 de julio de 1985 (C-105/84), Asunto *Danmols*

STJUE de 3 de julio de 1986 (Caso C- 66/85), Asunto *Lawrie-Blum*

STJUE de 10 de diciembre de 1998 (Caso C-247/963)

SSTJUE de 14 de septiembre de 2000 (Caso C-343-98), Asunto *Collino y Chiapero*

STJUE de 1 de enero de 2004 (Caso C-256/01), Asunto *Allonby*

STJUE de 12 de octubre de 2004 (Caso C-313/02), Asunto *Wipel*,

STJUE de 18 de enero de 2007 (Caso C-385/05), Asunto *CGT*,

STJUE de 20 de septiembre de 2007 Caso C-116/06), Asunto *Kiiski*

STJUE de 14 de octubre de 2010 (Caso C-428/09), Asunto *Union Syndicale Solidaires Isère*

STJUE de 11 de noviembre de 2010 (C-232/09), Asunto *Danosa*

STJUE de 6 de septiembre de 2011 (Caso C-108/10, Asunto *Scattolon*

STJUE 1 de marzo de 2012 (Caso C-393/10), Asunto *O'Brien*

STJUE de 5 de noviembre de 2014, Caso C-311/13, Asunto *Tünmer*

STJUE de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, Asunto *FNV*

STJUE de 26 de febrero de 2015, Caso C-316/13, Asunto *Fenoll*,

STJUE de 9 de julio de 2015, (Caso C -224/14), Asunto *Balkaya*

STJUE de 10 de septiembre de 2015 (C-47/14, Asunto *Holterman Ferho y otros*

SSTJUE de 1 de octubre de 2015, Caso C-432/14, Asunto *O*,

STJUE de 11 de noviembre de 2015, (Caso C-422/14), Asunto *Pujante Rivera*

STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Casos acumulados C-184/15 y 197/15), Asunto *Martínez Andrés y otros*,

STJUE de 17 de noviembre de 2016 (C-216/15), Asunto *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*

STJUE de 2 de marzo de 2017 (Caso C-97/15), Asunto *Pérez Retamero*

STJUE de 9 de marzo de 2017 (C-406/15), Asunto *Milkava*